

“Fernández, Mary Estela y otros c/ GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)” (expte. EXP 34398/0). Sala I de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

Buenos Aires, 12 de diciembre de 2011.

Y VISTOS:

Estos autos, que han sido elevados a conocimiento de este tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto y fundado por los accionantes —fs. 1221/5— contra el pronunciamiento mediante el cual la señora magistrada de primer grado no hizo lugar a la medida cautelar peticionada (fs. 628/30). A fs. 1241/53 dictaminó el Ministerio Público Tutelar, y a fs. 1255 se expidió la señora Fiscal de Cámara. También se halla radicado ante estos estrados el incidente de apelación correspondiente al recurso deducido por la parte actora contra la resolución mediante la cual la juez de primera instancia no reconoció carácter colectivo a la pretensión deducida (EXP n° 34398/1, fs. 86 y 100/8, respectivamente). Con respecto a esta apelación dictaminaron el Ministerio Público Tutelar y Fiscal, a fs. 133/49 y 151/2 del incidente, respectivamente. Dada la estrecha vinculación existente entre las cuestiones propuestas a conocimiento de esta alzada, ambos recursos serán examinados de manera conjunta.

I. Los accionantes promovieron acción de amparo con el objeto de que: (a) se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1, 2, 3 y 6 del decreto n° 574/09; (b) el gobierno elabore y ejecute una política pública universal e integral a efectos de dar una solución habitacional definitiva al colectivo afectado; (c) la parte demandada controle y garantice la habitabilidad en los hoteles que forman parte del Programa de Apoyo Habitacional; (d) no se disponga el cese de dicho programa; y (e) el gobierno cumpla con la creación del Fondo de Emergencia Habitacional (conf. art. 3, ley 1408). A su vez solicitaron cautelarmente que “...se suspenda la ejecución del decreto n° 574/09 en lo que respecta al cese de la actividad ‘Modalidad de Alojamiento Transitorio en Hoteles’ del Programa de Apoyo Habitacional, creado en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social por el Decreto n° 1234/04...” (fs. 61, pto. X). Luego de proveer el traslado de la demanda (fs. 85, pto. III), la señora juez de primera instancia señaló que, sin perjuicio de las manifestaciones vertidas en el escrito inicial —donde la parte actora argumentó acerca de los efectos colectivos del acto impugnado—, y de la anotación de la causa en el Registro de Amparos Colectivos de la Secretaría General, la pretensión será examinada únicamente con respecto a los sujetos que promovieron el amparo, entre los cuales existe un litisconsorcio activo facultativo, quienes serán los únicos destinatarios de la sentencia que en su oportunidad se dicte en este juicio (fs. 86). Seguidamente se pronunció sobre la medida cautelar, desestimándola por considerar que no se hallaba configurado el requisito del peligro en la demora.

II. A fin de resolver la cuestión es adecuado analizar primeramente las normas relacionadas. El Programa de Apoyo Habitacional fue creado por el decreto n° 1234/04, con la finalidad de "...efectivizar la asistencia de las personas beneficiarias del Programa social establecido en el art. 19 in fine del Decreto n° 895/GCBA/02, alojadas en hoteles en los que se disponga o haya dispuesto la clausura administrativa" (art. 1). La referida norma posibilitó a los beneficiarios optar "...entre percibir un monto en concepto de subsidio o de mutuo con garantía hipotecaria, con el objeto de contribuir al logro de soluciones habitacionales o a la adquisición de inmuebles destinados a vivienda, respectivamente..." (art. 4). A su vez estableció, como requisito para la percepción del beneficio "...la efectiva desocupación del hotel clausurado por parte de cada aspirante al beneficio y todos los miembros de su grupo familiar..." (art. 10). Por su parte, el decreto n° 574/09 dejó sin efecto la modalidad de alojamiento transitorio en hoteles del programa de apoyo habitacional. De sus fundamentos surge que "las medidas dispuestas (...) han tenido por objeto, desde su inicio, motivar el egreso de la Modalidad Alojamiento Transitorio en Hoteles a efectos de que los beneficiarios del Programa de Apoyo Habitacional no permanezcan sine die en establecimientos hoteleros; Que, pese a los egresos efectuados a través de la operatoria de los Decretos Nros. 1234/2004 y 97/2005, la situación del remanente de beneficiarios del Programa de Apoyo Habitacional requiere el dictado del presente, toda vez que se considera indispensable para lograr su finalidad, entre otros aspectos, actualizar el monto del subsidio a otorgarse para efectivizar el egreso, teniendo en consideración la actual situación habitacional y el aumento de los valores del mercado inmobiliario, y la cantidad de integrantes de cada grupo familiar...". Así las cosas, el Jefe de Gobierno dejó sin efecto, a partir de los 45 días corridos de la entrada en vigencia del decreto n° 574/09, la actividad "Modalidad de Alojamiento Transitorio en Hoteles" del Programa de Apoyo Habitacional, creado en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social por decreto n° 1234/04 (art. 1). Instruyó al Ministerio de Desarrollo Social para que, a través de las áreas competentes de su dependencia, arbitre las medidas conducentes para implementar la operatoria de egreso de los hoteles en que se encuentran alojados los beneficiarios del Programa de Apoyo Habitacional, comunicando a los establecimientos hoteleros y a los beneficiarios que a partir de la vigencia del decreto dejará de emitir órdenes de alojamiento y de pago por la modalidad de alojamiento transitorio en hoteles (art. 2). Otorgó a los beneficiarios, por única vez, un subsidio a efectos de contribuir al logro de soluciones habitacionales para sí y para su grupo familiar, teniendo en consideración la composición de cada familia, conforme el siguiente criterio general: a) de 1 a 2 integrantes \$ 25.000.-; b) de 3 a 4 integrantes \$ 30.000.-; c) 5 integrantes \$ 35.000.- Cuando el grupo familiar exceda de 5 personas, el monto del subsidio por todo concepto ascenderá a \$ 35.000.- con más un plus de \$ 1.000.- por cada miembro en exceso del quinto integrante (art. 3). Aclaró, asimismo, que las personas comprendidas son aquellas que, incluidas en el Programa de Apoyo Habitacional, continúan alojadas en establecimientos hoteleros en el marco de la modalidad de Alojamiento Transitorio en Hoteles y no han efectivizado aún su egreso en el marco de la operatoria establecida en los decretos n° 1234/04 y 97/05 (art. 4). Cabe mencionar que el plazo de finalización del programa (cfr. decreto n° 574/09, art. 1) fue prorrogado sucesivamente (decreto n°

683/09 y resoluciones n° 1403/09, 615/10, 966/10, 1225/10 y 206/11 del Ministerio de Desarrollo Social, en ejercicio de la competencia atribuida por el decreto n° 683/09, art. 2). La resolución citada en último término determinó como fecha de finalización, el día 31 de diciembre de 2011.

III. Los recurrentes manifestaron que el decreto n° 574/09 determina dos posibilidades para los beneficiarios. La primera consiste en egresar del programa aceptando el subsidio establecido, y la segunda, en el supuesto de no aceptarlo, implica perder todo derecho junto con el cierre del programa. Y adujeron que, en este contexto, al aproximarse la fecha fijada se enfrentan a una cruel disyuntiva: por un lado, no aceptar el subsidio y quedar en situación de ser desalojados por los propietarios de los hoteles, es decir, en serio riesgo de encontrarse en situación de calle por carencia de recursos; o bien, por otro lado, aceptar el subsidio único y egresar del programa. Señalaron que esta situación les genera inseguridad en materia habitacional, y afirmaron que la carencia de recursos lleva a las familias a aceptar el subsidio y renunciar a la solución habitacional definitiva. Pusieron de relieve, a su vez, que si en esta etapa del juicio se decide que el proceso no es colectivo, ello condiciona todo el proceso determinando el alcance acotado de la sentencia, de forma tal que la decisión ya no podrá amparar a los integrantes del colectivo excluido y, consecuentemente, no garantizará el derecho a la tutela judicial efectiva. De manera concordante, el Ministerio Público Tutelar expresó que la lesión de los derechos involucrados en el caso excede el interés individual de las personas que se han presentado e iniciaron el amparo, y por su incidencia adquiere carácter colectivo. Solicitó, por tanto, que la protección de los derechos afectados comprenda a todos sus representados que se encuentran alojados en los establecimientos hoteleros afectados a la 'Modalidad de Apoyo Transitorio en Hoteles' del Programa de Apoyo Habitacional.

IV.1. 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 [aquél] sea una parte propia y apropiada que puede invocar el poder judicial federal" (CSJN, Fallos 322:528, considerando 9°). 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 lo 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). Ahora bien, en el ámbito local —siguiendo los lineamientos expuestos en los párrafos anteriores— existe "causa contencioso-administrativa" cuando el actor es titular de un interés jurídico tutelado por el ordenamiento normativo —artículo 6, CCAyT— y, a su vez, dicho interés se ve 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, CCAyT— de manera que, a través de la acción intentada, se pretenda prevenir, cesar o reparar los efectos lesivos que se invocan. Pero el art. 6, 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 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).

IV.2. Sentado lo anterior surge que, dentro de los intereses jurídicos tutelados que menciona el artículo 6, CCAyT —y 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. En cada uno de ellos el concepto de caso judicial tiene un contenido y contorno diferente. Así, en la primera hipótesis —derechos individuales— la acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos, y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño individual y propio de cada uno de los afectados. En estos supuestos la regla es que la pretensión debe ser ejercida por su titular y resulta disponible por él. En el caso de los 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. Con respecto a esta categoría se ha señalado que “...la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa”. Por último, en la tercera categoría —derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales

homogéneos (art. 43, segundo párrafo, CN)— “...no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño” “(...) la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. El primer elemento 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... De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufre en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud, o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional, brindan una pauta en la línea expuesta” (CSJN, causa “Halabi, Ernesto c/ PEN s/ amparo”, H. 270. XLII, 24 de febrero de 2009).

IV.3. Ahora bien, aunque tal como se ha explicado en el considerando precedente una adecuada interpretación de las normas constitucionales pone en evidencia con toda claridad que, 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 “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 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. En particular la Constitución de la Ciudad reconoce como sujetos legitimados a “cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos” (art. 14, CCBA). 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. 2° 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).

IV.4. La doctrina, por su parte, ha puesto de relieve que “...el convencional fijó un criterio claro de ampliación de las aptitudes procesales de las personas individuales de conformidad con el contorno preexistente integrado por el preámbulo de la Constitución que exige, entre otros objetos institucionales, el de afianzar la justicia y el mandato que prevé el art. 18, CN, que garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas”, agregando que “...la ubicación contextual del art. 43 es relevante con el objeto de determinar el alcance que corresponde dar al concepto de legitimación en el marco de la protección de los derechos colectivos. En tanto el amparo está ubicado en el Capítulo Segundo de la Primera Parte del texto constitucional sobre “Nuevos Derechos y Garantías”, es decir inmediatamente luego de los artículos 41 y 42 sobre derechos

colectivos, es razonable inferir –según nuestro parecer– que el convencional reconoció garantías procesales para tutelar estos nuevos derechos”. (...) “el afectado individual –titular de derechos subjetivos– no sólo representa a otros afectados en tanto titulares de derechos subjetivos sino también a otras personas con intereses potenciales (derechos colectivos). Este es justamente el plus respecto de los derechos subjetivos y sus modos de representación” (Carlos F. Balbín, Tratado de Derecho Administrativo. La Ley, diciembre de 2010, Tº III, p. 440 y 441). Y asimismo ha puntualizado que “...tratándose de intereses colectivos, es decir de todos o casi todos y sin escisiones, el interés de esas pluralidades de sujetos es siempre coincidente y necesariamente superpuesto. Es decir, el interés colectivo no puede desgranarse entre múltiples intereses individuales y propios. De tal modo, el vínculo de las personas con ese interés incide o repercute necesariamente en el vínculo de los otros con ese mismo objeto. Es más, en el marco de los nuevos derechos no es posible en términos jurídicos, e incluso en ciertos casos materiales, proteger unos y no otros porque esto último –carácter global– es condición de su reconocimiento y protección” (aut. y ob. cit., Tº III, p. 428).

IV.5. Tal como se señaló anteriormente, la acción promovida tiene por objeto impugnar el decreto n° 574/09 —en tanto puso fin a la modalidad de alojamiento transitorio en hoteles—; que el gobierno elabore y ejecute una política pública universal e integral destinada a brindar solución habitacional definitiva al colectivo afectado; que hasta tanto se otorgue una solución habitacional definitiva el gobierno controle y garantice la habitabilidad de los hoteles en los cuales habitan estas personas; que hasta tanto se brinde dicha solución definitiva no cese el programa de hoteles; y que la parte demandada de cumplimiento a la creación del Fondo de Emergencia Habitacional previsto en el decreto n° 1408, art. 3. Pues bien, dados los términos en que fue planteada la demanda que circunscribe el objeto de esta litis, es dable sostener que la pretensión deducida reviste claro alcance colectivo, en tanto procura la tutela del derecho a la vivienda de un grupo de personas que, a su vez, ha sido nítidamente identificado (los individuos y familias incluidos en el Programa de Apoyo Habitacional que, a la fecha del dictado del decreto 574/09, continuaban alojados en establecimientos hoteleros en el marco de la modalidad Alojamiento Transitorio en Hoteles y no han efectivizado aún su egreso en el marco de la operatoria establecida por los decretos n° 1234/04 y 97/05), y la causa de la lesión alegada es común a todos ellos (decreto n° 574/09). Por lo demás, el recaudo de la idoneidad de los demandantes para asumir en esta causa la representación del grupo afectado no se encuentra controvertida, en tanto aquellos forman parte del grupo en cuestión. El argumento expuesto por la señora juez de primer grado, referido a que es posible que algunos miembros del grupo consideren aceptable o incluso conveniente la solución prevista en el decreto n° 574/09, no invalida el carácter colectivo del proceso ni puede aparejar perturbaciones indebidas en tanto se implemente un mecanismo tendiente a asegurar que todos los potenciales interesados tomen conocimiento de la existencia del proceso, a fin de garantizar que se hallen en condiciones efectivas de ejercer su derecho de defensa y, en su caso, puedan optar por

presentarse en el expediente y manifestar su voluntad de no resultar alcanzados por la decisión.

IV.6. Adicionalmente, es dable destacar, por un lado, que el colectivo afectado conforma un grupo postergado o débilmente protegido y en situación de vulnerabilidad social, de forma tal que la tutela de los derechos fundamentales que se dicen conculcados, dada su naturaleza, excede el interés de cada parte en tanto su protección concita el interés del conjunto de la sociedad. Por otro lado, el proceso colectivo es susceptible de potenciar la celeridad, eficacia y economía de la respuesta judicial (esta Sala, in re Asociación de Trabajadores del Estado —ATE— c/ GCBA s/ medida cautelar” (EXP n° 28.352/1, pronunciamiento del día 19 de marzo de 2008). En sentido concordante, se ha señalado que el criterio más relevante al momento de asignar carácter colectivo a un proceso está dado por la convicción del juez acerca de que las cuestiones de hecho o derecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre los aspectos individuales, y que la acción colectiva es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficaz resolución de la controversia (Manual for Complex Litigation, Fourth, Federal Judicial Center, 2004, p. 242, citado a su vez por Lorenzetti, Ricardo Luis, Justicia Colectiva, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 122). En las condiciones examinadas corresponde concluir que se hallan reunidos en el caso los presupuestos para la procedencia del amparo colectivo en los términos de los arts. 43, CN y 14, CCBA. La conclusión expuesta —carácter colectivo del proceso— resulta a su vez corroborada por el alcance de la intervención del Ministerio Público Tutelar (con respecto al criterio de este tribunal acerca de la legitimación de la Asesoría Tutelar, ver las causas “Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario c/ GCBA s/ amparo”, EXP n° 899/0, pronunciamiento del 01/06/01; “López, Jorge Ramón y otros c/ ObsBA s/ amparo”, EXP n° 33136/0, pronunciamiento del día 04/03/10; y “Selzer, Jorge Guillermo c/ GCBA s/ otros procesos incidentales”, EXP n° 36884/3, pronunciamiento del día 11 de marzo de 2011).

V. Despejada la cuestión atinente al carácter colectivo del proceso, corresponde ingresar en el tratamiento de los agravios referidos al rechazo de la tutela precautoria.

V.1. Con respecto a las medidas cautelares en el proceso administrativo 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 precepto 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. Por su parte, la ley de amparo prevé el dictado de las medidas cautelares que resultaren necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva, condicionando su otorgamiento a la configuración de los siguientes requisitos: 1) verosimilitud del derecho; 2) peligro en la demora; 3) no frustración del interés público; 4) contracautela (ley 2145, art. 15).

V.2. Es oportuno señalar que el dictado de las providencias precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido; aun más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (C.S.J.N., doct de Fallos: 316:2060, entre otros precedentes). En efecto, la verosimilitud del derecho sólo requiere la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor (esta Sala, in re “García Mira, José Francisco c/ Consejo de la Magistratura s/ Impugnación de actos administrativos”, exp. n° 8569/0, pronunciamiento del 3/3/04). El peligro en la demora, por su parte, se identifica con el riesgo probable de que la tutela jurídica definitiva que aquél aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (Palacio, Lino E., Derecho procesal civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. VIII, págs. 32 y 34; esta Sala, in re “Ortiz Cécica y otros c/ GCBA s/ Amparo s/ Incidente de apelación”, expte. n° 2779).

VI.1. Con respecto a la verosimilitud del derecho, cabe señalar que el preámbulo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires enuncia, entre otros, el objeto de “...promover el desarrollo humano en una democracia fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos... con el propósito —entre otros— de garantizar la dignidad e impulsar la prosperidad de sus habitantes”. En sentido concordante, la carta magna local establece que “[l]a Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos...” (art. 17, CCBA). A su vez, de acuerdo

al art. 31, CCBA, la Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y un hábitat adecuado y, para ello, resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos (norma citada, inc. 1). Corresponde poner de relieve que la protección constitucional de estos derechos y garantías resulta operativa. En efecto, el art. 10 CCBA establece que rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Y agrega que “[l]os derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

VI.2. En particular, es pertinente mencionar que el decreto 574/09, impugnado por la parte actora, persigue como finalidad inmediata el egreso de los beneficiarios de la Modalidad de Alojamiento Transitorio en Hoteles, a cuyo fin la medida prevista consiste únicamente en el otorgamiento de un subsidio. Pues bien, prima facie, ello no garantizaría una solución habitacional definitiva. En efecto, dado el cese del programa y la percepción del subsidio por parte de los beneficiarios, la suma recibida —frente a la carencia o insuficiencia de recursos económicos propios— solamente les permitirá a los beneficiarios afrontar el costo del alojamiento por un breve período de tiempo, al cabo del cual podrían verse expuestos a la situación de calle.

VII. La circunstancia mencionada precedentemente —riesgo de situación de calle una vez agotado el monto del subsidio—, sumada a la fecha prevista para la finalización del programa (31 de diciembre de 2011, cfr. Resolución n° 206/GCBAMDSGC/11), permite tener por configurado también el peligro en la demora.

VIII. No se vislumbra que el acogimiento de la pretensión cautelar afecte el interés público; sino que, antes bien, contribuye a preservarlo al resguardar el derecho a la vivienda de las personas afectadas. En último término, la caución juratoria —expresamente ofrecida al solicitar la medida (fs. 31 vta.)— se revela como garantía suficiente en función de la índole de la cuestión debatida y los derechos eventualmente conculcados. En mérito a las consideraciones vertidas, normas citadas, y habiendo dictaminado el Ministerio Público Tutelar y Fiscal; el tribunal

RESUELVE:

1) Hacer lugar a los agravios y, en consecuencia, revocar las decisiones apeladas, otorgar alcance colectivo a la pretensión instaurada y admitir la medida cautelar.

2) En consecuencia, suspender el decreto n° 574/09 y las normas que dispusieron sus sucesivas prórrogas con respecto a todos los beneficiarios que hasta el momento no hayan manifestado su acogimiento.

3) Disponer que en primera instancia se implemente un mecanismo adecuado tendiente a asegurar que todos los potenciales interesados tomen conocimiento de la existencia del proceso, a fin de garantizar que se hallen en condiciones efectivas de ejercer su derecho de defensa y, en su caso, puedan optar por presentarse en el expediente y manifestar su voluntad de no resultar alcanzados por la decisión.

Regístrese. Agréguese una copia de esta resolución al incidente EXP n° 34398/1.

Notifíquese al Ministerio Público Tutelar y Fiscal. Oportunamente devuélvase. Encomiéndase al juzgado el cumplimiento de las restantes notificaciones, conjuntamente con la providencia que haga saber la devolución de los autos.

Dr. Carlos F. Balbín; Dra. Inés M. Weinberg de Roca; Dr. Horacio G. Corti.