

# **DERECHOS Y REGLAMENTOS EJECUTIVOS. Cosa juzgada para la omisión reglamentaria en la Ciudad Autónoma**

Juan Vicente CATALDO <sup>1</sup>

SUMARIO: I. Introito.- II. Conceptos generales.- III. Entre los casos, el caso.- IV. El caso en sí.- V. Conclusiones

## **I. Introito**

El enunciado del título apunta a enmarcar anticipadamente el contenido y propósito de estas palabras, en varios aspectos.

Nuestra principal finalidad es aportar algo más de luz a la resolución de los conflictos que se plantean cuando, frente a una ley vigente que reconoce derechos a ciertas personas, el Poder Ejecutivo no ejerce su facultad reglamentaria, y además pretende -o de hecho lo logra- no hacer efectiva aplicación de esa ley. Ése es el objeto central del trabajo, y por ende no habrá referencia, salvo tangencial, a una cuestión de íntimo vínculo con ella, como es la de la reglamentación por medio de leyes de los derechos constitucionales. Por ello, hablamos de “reglamentos ejecutivos”, y de su “omisión” (en el sentido amplio que se verá).

Además, el problema se ha circunscripto al ámbito jurídico-institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que presenta particularidades propias tanto en lo normativo como en la jurisprudencia.

Por último, advertimos que el orden de las palabras del título no es casual: aunque pueda parecer una obviedad, no siempre se

---

1 Juez de 1ª Instancia en Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; profesor adjunto regular de las materias “Derecho Administrativo” y “Derechos Humanos y Garantías” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

tiene presente que, tanto en lo axiológico como en lo estrictamente normativo, los derechos reconocidos por la Constitución y las leyes que de ella se derivan tienen absoluta preeminencia sobre las eventuales facultades de los poderes constituidos, que no pueden ignorarlos, sino que deben, sencillamente, cumplirlos; en puridad, como veremos más adelante, muchas veces se pretende lo inverso, a través de los más variados argumentos, aunque todos similares en su invalidez.

En el “Estado de Derecho”, que tanto ha costado instaurar en nuestro país y aún resta consolidar, el sello determinante y distintivo es “Derecho”, concepto que califica en forma decisivamente innovadora a un “Estado” preexistente: a la inversa de antaño es el Estado el que se subordina al Derecho, en un esquema institucional que posiblemente sea el máximo logro alcanzado hasta hoy por la comunidad humana en su lucha contra el poder autoritario.

Sin embargo, pese a la claridad conceptual del enunciado, vemos todavía hoy cómo ese poder se encarna en el Estado real -es decir, los funcionarios que lo integran- y a menudo se resiste a admitir esa subordinación, intentando imponer su voluntad pese a la imperatividad de los derechos consagrados en la Carta Magna y en las leyes.

Este artículo se desarrolla en ese escenario, a partir de un caso real debatido y resuelto en los Tribunales del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial local, en el que la trama y los personajes constituyen un acabado ejemplo de esa batalla, que todavía está inconclusa aunque el conflicto específico ya se haya agotado.

## II. Conceptos generales

Pero antes de adentrarnos en el caso en sí, vale recordar algunos conceptos generales que se involucraron en la cuestión

a) *La facultad o potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo*. En lo que interesa al tema, el art. 102 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) establece que “El Jefe de Gobierno tiene a su cargo...la aplicación de las normas” y “reglamenta [*las leyes*] sin alterar su espíritu y las ejecuta en igual modo”, texto

este último en gran medida similar al inciso 2 del art. 99 de la Constitución Nacional, que dispone que “el presidente de la Nación...2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

Son los llamados “reglamentos de ejecución” o “ejecutivos”, a secas, y a ellos se restringe este trabajo, con la posible extensión a los denominados “reglamentos de integración”. No trataremos los reglamentos que alguna doctrina reconoce como “autónomos”, categoría cuya existencia negamos, al menos con el contenido que pretende dársele, ni los llamados “delegados”, cuyo régimen jurídico se tornó aun más difuso con el nuevo art. 76 CN.

Ahora bien, prácticamente en forma unánime, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que la competencia reglamentaria del Poder Ejecutivo es excepcional y acotada: así, sólo se debe ejercer si es “necesario”, con el único fin de ejecutar la ley, y un límite, que es el impuesto por el “espíritu” de esa ley.

Esta regla se articula con el principio de legalidad, instituido por el art. 19 *in fine* CN (“ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”), del que se colige que solamente la ley formal (es decir, el acto general y obligatorio producido por el Congreso -en lo local, la Legislatura- de acuerdo con los procedimientos constitucionales establecidos al efecto) puede regular el ejercicio de los derechos, aunque sin alterarlos (art. 28 CN).

Por ello, se ha señalado que, en esencia, los reglamentos sólo deben contener instrucciones para los propios funcionarios de la Administración, con el único fin de mejor actuar en cumplimiento de la ley. Y cabe por ende afirmar, categóricamente, que en ningún caso los reglamentos pueden restringir el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución o la ley.

b) *La operatividad de los derechos*. Los derechos se reconocen, en la Constitución y en las leyes, para ser cumplidos, es decir, para ser ejercidos por sus titulares y respetados por los terceros, entre los que se encuentra, en lugar preeminente, el Estado: éste es el

principio de operatividad de los derechos, y se incardina con el de fuerza jurídica imperativa de las disposiciones de la ley suprema.

Frente a esta regla se ha alzado una categoría contraria, la de “programaticidad” de ciertos derechos, que implicaría que en ciertas circunstancias, nacidas de la letra de la ley o de situaciones fácticas, el cumplimiento de algunos derechos reconocidos por la Constitución o la ley (especialmente en lo que hace a su ejercicio y exigibilidad) quedaría supeditado al dictado de alguna norma reglamentaria ulterior.

Ya hemos señalado antes, junto con más autorizada doctrina, que este condicionamiento a la vigencia efectiva de los derechos debe considerarse extraordinario y de aplicación restrictiva, precisamente por ser excepción al principio básico antes enunciado, el de operatividad de los derechos. El eventual carácter “programático” de un derecho sólo puede surgir del texto expreso de la ley, que además siempre debe ser interpretado en forma amplia, de manera de favorecer su inmediata vigencia y efectivo cumplimiento, por aplicación del principio general *pro homine* (en la duda, debe estarse a favor de la vigencia del derecho, y no en contra).

Debe tenerse presente, además, que, aunque se concluyera que hay “programaticidad”, ello no implicaría de manera alguna la pérdida de vigencia del derecho, sino solamente la mutación transitoria de la obligación, pues en cualquier caso el Estado estaría constreñido a actuar las medidas necesarias para darle operatividad (ya por vía de reglamentación u otros medios). En otras palabras: la eventual y excepcional connotación “programática” de un derecho sólo puede tener como efecto generar la obligación estatal de tornarlo operativo; y nunca facultar a la autoridad a desconocerlo.

Habitualmente, el condicionamiento de la programaticidad se pretende vincular, como regla general *a priori*, a los derechos económicos, sociales y culturales. Desde siempre hemos rechazado esta teoría, que con argumentos erróneos (por lo menos: soslayamos la intencionalidad), sólo busca postergar *sine die* el reconocimiento de esos derechos, en perjuicio de los más débiles. Sin embargo, se ha utilizado en otros casos, como veremos en el que hemos elegido para exponer aquí.

c) Como se dijo, la potestad reglamentaria que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo es extraordinaria, y en todo caso su ejercicio está subordinado a la ley: no puede alterarla con “excepciones reglamentarias”.

Solamente hay dos supuestos en los que esa mera facultad se trastoca en obligación (es “necesaria”, en términos constitucionales): 1) cuando la ley misma expresamente lo impone (con o sin plazo; hipótesis esta última no deseable aunque tampoco imposible, pero que no debe hacer pensar que la reglamentación puede ser postergada *in aeternum*: siempre debe dictarse en tiempo razonable); y 2) según vimos, cuando la reglamentación resulta ser -con el señalado criterio restrictivo- imprescindible para el efectivo ejercicio del derecho (por ejemplo, la “integración” de significados, en leyes que tienen alto contenido técnico).

El problema de la “omisión reglamentaria” se presenta precisamente cuando, en alguna de estas dos últimas circunstancias, el Poder Ejecutivo no dicta la reglamentación. Con apoyo en los principios apuntados, y siguiendo en especial las enseñanzas de los maestros GORDILLO y BIDART CAMPOS, por años hemos dicho y enseñado que tal conducta omisiva es ilegítima e inconstitucional, y merece sanción. Ilicitud aun más patente cuando -como veremos a renglón seguido- el mismo poder pretende no cumplir con la ley argumentando que no ha dictado el reglamento que él mismo afirma que es necesario.

La Constitución Nacional no contiene, a contrario de otras leyes supremas extranjeras, una disposición expresa al respecto; no obstante, su buena interpretación impone una respuesta de ese tenor. Y desde la incorporación al Derecho interno de los Tratados de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional, en 1994 (art. 75, inc. 22 CN), esta convicción se ha reforzado, en tanto ellos enuncian expresamente la obligación del Estado de actuar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos que reconocen.

Pero es la Constitución local la que en 1996 ha dado explícito sostén al principio de operatividad de los derechos, e indirectamente teñido de ilicitud la omisión reglamentaria. El art. 10 CCABA declara aplicables “todos los derechos, declaraciones y garantías de

la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen” que “se interpretan de buena fe”, y dispone en su última parte:

“Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

En forma indiscutible, nuestra Constitución no sólo impone así la superioridad normativa de los derechos constitucionales, sino también su plenitud operativa aun cuando se haya “omitido” su reglamentación, o ésta sea insuficiente. Además, y a tono con la Ley Suprema federal, prohíbe que la reglamentación “cercene” el derecho (o sea, que prive al titular de su ejercicio), sin perjuicio de admitir su regulación (conf. art. 28 CN).

La regla de la última parte del art. 10 CCABA es de aplicación general a todos los casos de reconocimiento de derechos, ya sea directamente por la misma Constitución, ya sea por leyes que se dicten en su consecuencia, y por tanto aplicable a todas las hipótesis en que su ejercicio puede ser objeto de reglamentación: los derechos consagrados en la Constitución, por medio de ley formal sancionada por la Legislatura; o por medio de reglamentos ejecutivos los reconocidos en leyes.

Es una norma por cierto encomiable, que da enorme fortaleza a uno de los principales pilares del Estado de Derecho: el control del poder, pero no sólo por lo que pueda hacer en contradicción con las normas superiores, sino también por lo que no haga y debería hacer. Y en esa inteligencia, es una formidable herramienta puesta en manos del primer órgano de control y de protección de la vigencia de los derechos: el Poder Judicial.

### **III. Entre los casos, el caso**

Estas breves palabras introductorias nos han dado un marco teórico general, en el que se inserta un caso real, que expondremos a continuación, y en el que se tocaron prácticamente todos los puntos citados: la operatividad o programaticidad de los derechos reconocidos en leyes; el carácter facultativo u obligatorio de la potestad re-

glamentaria del Poder Ejecutivo y su alcance y límites; y la ilicitud de la omisión y las facultades de los jueces frente a ella.

Todos estos temas fueron objeto de debate o consideración por las partes y los Tribunales intervinientes; la exposición de los argumentos y fundamentos sirve para observar las bases objetivas de cada postura y el espíritu que las animó.

Se ha elegido este caso por varias razones: una, ya anticipada, es la amplitud de cuestiones que en él se discutieron; pero también porque fue tratado y resuelto en todas las instancias, incluso el Tribunal Superior de Justicia, en todas ellas con el mismo resultado favorable a la demanda; además, porque trata en forma particular acerca de la reglamentación de derechos incluidos en leyes, y en este aspecto puede decirse que las resoluciones que en él recayeron conforman un cuerpo de jurisprudencia ya sentado y consolidado.

No es, desde ya, el único caso conocido por nuestros Tribunales; probablemente tampoco sea el más trascendente en cuanto a las implicancias futuras para la población, como sí tendrán con seguridad otros pleitos en los que se debaten derechos constitucionales básicos; pero lo hemos preferido por el alto contenido didáctico que en él hemos visto, y no porque restemos importancia a los otros.

Es más: la trascendente discusión acerca del alcance, en nuestra Ciudad, del derecho constitucional a la vivienda digna es absolutamente actual, al punto que se encuentra hoy a consideración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como es público y notorio, y tiene muchos puntos de contacto con el objeto de este trabajo. Cotidianamente expresamos, a través de nuestras resoluciones, una clara postura a favor de la operatividad de ese derecho humano, pero aun así entendemos que, a la inversa del caso que aquí presentamos, es ésa una polémica todavía abierta, en la que, a pesar de lo mucho que ya se ha escrito en doctrina y resuelto en jurisprudencia, quedan aún cosas por decir y escuchar.

#### **IV. El caso en sí**

IV.1. En noviembre de 2000 se inició ante nuestro Tribunal (Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributa-

rio N° 1, Secretaría N° 1) la causa “Mazzaglia, Cayetano y Otros c/GCBA s/Cobro de Pesos” (Expte. N° 242/0). La sentencia de esa instancia, del 30/6/2004, fue favorable a la demanda; la Cámara de Apelaciones (Sala II) la confirmó en todos sus aspectos en diciembre de 2005; y finalmente el Tribunal Superior de Justicia dejó firme esta última decisión al rechazar la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado el 13/12/2006 (Expte. n° 4804/06: “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Mazzaglia, Cayetano y otros c/GCBA s/cobro de pesos’”). Es interesante destacar que todas las decisiones de los Tribunales colegiados fueron unánimes.

#### IV.2. *La demanda y sus antecedentes*

El Sr. Cayetano Mazzaglia, junto con otros empleados del Hospital General de Agudos “Dr. Abel Zubizarreta”, demandó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para obtener el cumplimiento de lo dispuesto por la Ordenanza N° 45.241 en cuanto al destino de los fondos que perciban las unidades asistenciales por prestaciones a los afiliados a obras sociales, mutuales y otros entes aseguradores o terceros responsables de la atención asistencial, con la pretensión consecuente de percibir las sumas que correspondiesen desde la entrada en vigencia de la norma, y que no se les abonaban.

Entre los varios antecedentes colectados en la causa, se estableció que los actores habían deducido reclamo administrativo sobre la cuestión, y que en 1995 la Procuración General dictaminó aconsejando no hacer lugar a la petición, con fundamento en la ausencia de reglamentación de la ordenanza. Presentaciones posteriores tuvieron igual resultado, siempre con base en tal dictamen.

El 27/6/2000 la Defensoría del Pueblo recomendó a los Secretarios de Salud y de Hacienda y Finanzas que dispusieran lo necesario para aplicar la Ordenanza N° 45.241 al personal de los establecimientos asistenciales (Resolución N° 1014/00), recomendación que reiteró en abril de 2001. No hubo respuesta.

La Ordenanza N° 45.241 se publicó en el Boletín Municipal 19.168 del 26/11/1991, y a falta de norma expresa entró en vigencia a los 8 días de la publicación (art. 2 CCiv, aplicable por el art. 108, Ley 19.987).

En lo que hace al caso, su art. 1° dispone que: “los fondos recaudados por las unidades asistenciales del área de la Subsecretaría de Salud en concepto de prestaciones de Servicios Asistenciales a los afiliados de las Obras Sociales y/o Mutuales y otros entes aseguradores o terceros responsables de la atención serán reinvertidos para la adquisición de elementos y/o materiales destinados a la normal atención médica asistencial y confortabilidad de pacientes, al mantenimiento y adecuado funcionamiento de los establecimientos asistenciales así como también a la optimización de los servicios que se presten y *estímulo a su personal*. Todo ello de acuerdo a los siguientes objetivos:... h) *Participación del personal de cada establecimiento en la distribución de los ingresos percibidos*”.

Y a tal efecto, el art. 2° establece que “el porcentual del 40% de dicha recaudación será distribuido en partes iguales entre el personal de cada establecimiento conforme contracción al trabajo manifestada y valorada según dedicación horaria establecida. El 60% restante será afectada conforme pautas determinadas más adelante” (en ambas citas la cursiva es nuestra).

Los demás artículos sólo se refieren a cuestiones atinentes al pago de servicios por parte de las obras sociales o mutuales; no tocan el punto referido a la distribución de ingresos.

#### IV.3. *Contestación de la demanda por el Gobierno*

Al contestar demanda, el Gobierno negó que la Ordenanza N° 45.241 tuviera fuerza operativa y que hubiese tenido principio de ejecución en lo referente a la materia de autos. También por vía de negativa, admitió que la ordenanza no estaba reglamentada; en esa línea de ideas afirmó que los arts. 1° y 2° de la Ordenanza eran normas programáticas respecto de las cuales el Gobierno no había “considerado procedente” por el momento proceder a su reglamentación (*sic*).

A la par, rechazó que como consecuencia de ello se hubiesen generado o pudiesen generarse las diferencias salariales cuyo cobro se pretendía. Sostuvo además que la vía intentada no era apta para lograr el cobro de sumas de dinero, ya que para perseguir el dictado de la reglamentación de la norma “el sistema jurídico, considerado en su totalidad, y el ordenamiento adjetivo en particular” acuerdan a los actores “los instrumentos y las vías procesales adecuados para que la sede judicial remedie la supuesta inactividad administrativa, en caso de que ella exista, a través de las órdenes concretas que en tal hipótesis podría dirigir al Poder Administrador”. Estima que la admisión de la demanda en los términos planteados constituiría una sentencia “aditiva” que implicaría una invasión del Poder Judicial en competencias que le son ajenas, pues solamente podría ordenarle dictar esa reglamentación.

#### IV.4. *La sentencia de 1ra. Instancia.*

Por la forma en que se planteó la demanda y los términos de la respuesta del Gobierno, quedó en evidencia que la principal controversia no se centraba en hechos (la única prueba que se diligenció fue un peritaje contable para establecer el monto del reclamo, y el demandado se desinteresó de su control), sino que fincaba en los alcances jurídicos de la norma general centro de la disputa.

Así, la lectura del texto legal dejó en claro, en primer lugar, que los únicos preceptos que en él se referían a la cuestión litigiosa eran el encabezado del art. 1º (que dispone que uno de los fines de los fondos será el “estímulo del personal”), su inciso h (que ordena la “participación del personal” en la distribución de esos fondos), y la primera parte del art. 2º, que fija el porcentual de la recaudación que se distribuirá entre los agentes (40 %) según las pautas que el mismo artículo da: “en partes iguales” y “conforme contracción al trabajo manifestada y valorada según dedicación horaria establecida”.

Se vio asimismo que la ordenanza sólo aludía de manera expresa a la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo con respecto al sistema de cobro directo a pacientes de prepagas (art. 6º), a la fijación

de aranceles (art. 7º) y a la atención a pacientes sin cobertura (art. 8º). En cambio, las reglas sobre la participación del personal de los establecimientos asistenciales en la recaudación y el porcentaje (40 %) que la norma ordena distribuir entre ese personal nada dicen sobre su eventual reglamentación.

Este silencio lleva al meollo de la cuestión, ya que pese a que los arts. 1º y 2º de la ordenanza, en lo atinente al caso, no remiten a ulterior regulación, como sí lo hacen los otros citados, el Gobierno considera que deben ser también reglamentados; reconoce además que no ha dictado tal reglamento, pues no lo ha considerado procedente, y, yendo más allá, afirma que las disposiciones de la ordenanza tienen naturaleza programática, por lo que la ausencia de reglamentación las hace inaplicables. En esta inteligencia, asegura que esta acción no es la vía correcta para resolver el conflicto, por el peligro que constituiría una sentencia “aditiva” que implicaría una invasión del Poder Judicial en competencias ajenas; admitiendo, a lo sumo, que los Tribunales podrían ordenarle dictar el reglamento, en la hipótesis de que efectivamente hubiese inactividad ilícita de la Administración.

La sentencia consideró que ninguno de esos argumentos era válido para sostener la defensa del demandado, en cualquiera de las posibles hipótesis: ni en el caso de que realmente fuese imprescindible reglamentar la ordenanza en el tema litigioso; ni en el supuesto inverso. Estimó además que se trataba de una línea argumental notoriamente disvaliosa, pues se apoyaba, en definitiva, nada más que en una serie de incumplimientos, pretendiendo que cada uno de ellos sirviese de justificación del siguiente.

Sintéticamente, el fallo desarrolló los siguientes fundamentos:

a) En primer lugar, se explicitó que una “ordenanza”, como acto de poder, es una norma obligatoria de alcance general, emanada, en nuestro régimen jurídico municipal, del Concejo Deliberante, que se diferencia del órgano ejecutivo. Por ello, en el diagrama de las diversas formas en que puede expresarse la voluntad pública en un Municipio, ordenanza se asimila a acto legislativo. Así, en la sentencia la palabra “ley” significará cualquiera de esas figuras: ley u

ordenanza. De tal preeminencia se sigue, sin esfuerzo, que el Poder Ejecutivo está impedido de modificar o derogar una ordenanza: ello va más allá de sus potestades.

Por otro lado, tuvo presente que ese Poder no se halla inerme frente a un acto legislativo cuyo contenido no comparte: puede vetarlo, en ejercicio de sus facultades co-legislativas. Pero a la vez, si la norma legislativa adquiere vigor, ya sea porque el Ejecutivo no la veta y la promulga expresamente o admite su promulgación de hecho, ya sea porque el veto cae ante la insistencia parlamentaria, aquél sólo puede constreñirse a cumplirla, hasta tanto sea derogada por otra ordenanza, o en la actualidad y luego de 1996, por una ley de la Legislatura, que el propio Ejecutivo puede impulsar si lo cree necesario.

b) De lo dicho en a) deriva el carácter “sublegal” del reglamento. El principio de legalidad establece que sólo la ley concede y restringe derechos (art. 19 CN), y, como ya apuntamos, el reglamento no puede alterarla (arts. 28 y 99, inc. 2º, CN; art. 102 CCABA). Creada la ley y promulgada expresa o tácitamente por el Ejecutivo, la primera obligación de éste es ejecutarla (art. 102 CCABA).

La facultad reglamentaria que además tiene el órgano ejecutivo es una función de índole excepcional: los reglamentos, en virtud de sus limitaciones, de hecho solamente se dirigen al seno de la propia Administración, y constituyen instrucciones a sus funcionarios para que puedan mejor ejecutar la ley.

La primera conclusión quedó absolutamente clara: el Ejecutivo no puede modificar la ley de manera alguna (con la única posible salvedad de los decretos de necesidad y urgencia que autoriza excepcionalmente el art. 103 CCABA, supuesto que es ajeno a este litigio). Y por sobre todo tampoco puede ignorarla.

Si modifica la ley o no la aplica, transgrede la letra expresa de la Carta Magna e incurre en incumplimiento de sus deberes constitucionales. En este sentido, la ley máxima de la Ciudad Autónoma ha incluido, en el texto expreso de su art. 10, la solución que la buena doctrina de la supremacía constitucional postulara: *“los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o in-*

*suficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos*”, clara norma de protección frente a la arbitrariedad del poder, impregnada por el principio del imperio de la Constitución enfáticamente declarado en su art. 4°.

c) Como corolario de ello, estimó que la defensa del Gobierno caía por fuerza de las normas constitucionales y legales aplicables, pero a la vez por el peso de sus propias palabras.

Así, consideró claro que la Ordenanza N° 45.241, con rango de ley, otorgó determinados derechos a determinados ciudadanos, y que el Poder Ejecutivo debía cumplirla.

Por tanto, si ese Poder consideraba que para ello era preciso reglamentarla, era su obligación dictar los actos necesarios al efecto. Esos deberes se imponen aunque el Ejecutivo no esté de acuerdo con la ley. En este caso, solamente tiene el recurso de impulsar su derogación.

“Es el propio demandado que, a la par que defiende la necesidad de ese reglamento, reconoce que no lo dictó. Y aunque quepa reconocer la honestidad de la defensa, es desde todo punto de vista inadmisibles que el Poder Ejecutivo diga que no cumplió con la ley porque no consideró ‘precedente’ reglamentarla (fs. 29 vta.)”.

La sentencia subraya que “el acatamiento de las leyes no es optativo para el órgano ejecutivo, ni está sujeto a su parecer: en ello reside la esencia del Estado de Derecho y de los derechos y garantías de los ciudadanos, pues que el Jefe haga lo que le place con las leyes es propio de un régimen autoritario, inconstitucional y, por cierto, obsoleto. ‘Quod placit regis legis est’ decía la máxima del Estado de Policía, que afortunada pero penosamente ha superado nuestra democracia” (el énfasis es del original).

Señaló que, de todas formas, tan grave transgresión está prevista y reprimida *ex ante* por nuestra Constitución: porque si no se cumplió con la ley porque no se reglamentó -como está reconocido- tal incumplimiento no puede implicar la negación, limitación o cercenamiento de los derechos otorgados (art. 10 CCABA).

d) Considera a continuación el argumento de que los arts. 1° y 2° de la Ordenanza N° 45.241 constituyen normas programáticas y que, a juicio del Gobierno, la necesidad de que sean reglamentadas es insoslayable. Al respecto, y sin pasar por alto que cierta parte de la doctrina justifica la inactividad del Ejecutivo a partir de las normas que califica de “programáticas”, negando su fuerza obligatoria, observó que la propia letra constitucional quita toda razón a esta tesitura. Agregó que el carácter programático de una norma deviene de su interpretación: y es claro que en un régimen institucional sujeto a la ley, como el nuestro, la restricción de derechos debe ser restrictiva (valga la redundancia), de manera de inclinar la hermenéutica a favor del reconocimiento y no de la negación del derecho (principio *pro homine*). La ley debe cumplirse, y no es posible sortear esta imposición constitucional; menos todavía por vía de interpretación.

Para el sentenciante tampoco excusa la omisión la falta de un término fijado en la ordenanza para su reglamentación. Porque en todo caso, esa laguna debe salvarse en plazos razonables, y no mantenerse *sine die*: “si la ley que conforme a [las cláusulas programáticas] debe dictarse no es dictada en un lapso razonable, la omisión frustratoria de la cláusula programática merece reputarse inconstitucional” (BIDART CAMPOS, G. *Constitución y Derechos Humanos*, Ediar, 1991, p. 101).

e) Pero, en definitiva, no consideró atinado afirmar sin más el carácter programático de la ordenanza, en cuanto hace al fondo a distribuir.

Señaló que las normas jurídicas son, por principio y en especial las que reconocen derechos, operativas, es decir, autoejecutivas. Admitió, empero, que existen algunas normas, llamadas “programáticas”, que no son susceptibles de aplicación inmediata, y hace falta una actividad gubernamental adicional para darles operatividad, ya sea una norma reglamentaria, o una medida activa de gobierno.

Añadió que, salvo excepciones, esta clase de reglas no se asignan a sí mismas esa calidad, que se atribuye por vía de interpretación del texto; y a la vez que toda interpretación en el sentido de la pro-

gramaticidad debe ser restrictiva, pues el principio es que los derechos se conceden para ser ejercidos, y dar tal carácter implica, por lo menos, postergar este ejercicio.

No obstante, insistió, esa índole no desmerece la exigibilidad de esa clase de normas, ni las convierte en una simple expresión de deseos o formulación “ideal”, sino que su observancia es en todo caso tan obligatoria como la de los derechos operativos, con la única diferencia de que en este supuesto la primera obligación del Estado es la de dictar las normas pertinentes o actuar las acciones de gobierno que habiliten esa operatividad (BIDART CAMPOS, G., *Casos de Derechos Humanos*, Ediar, 1997). Por otro lado, la acción que los ciudadanos poseen ante la Justicia para demandar por el incumplimiento de este deber es plenamente operativa.

A partir de esos criterios, concluyó que la correcta interpretación del texto debatido mostraba que las normas no eran programáticas. Expresó que, “partiendo de la base de que, si se quiere, casi cualquier norma puede reglamentarse, debe tenerse en claro que sólo es programática la norma que *necesita* esa reglamentación. Y la lectura de las reglas de la ordenanza, debidamente entendidas, no indica que su reglamentación sea *necesaria*, ni que autorice a subordinar a ésta la aplicación de aquélla, al menos en lo que es materia de litigio”.

f) También la sentencia se hizo cargo de la preocupación que el Gobierno manifestaba sobre el contenido de la eventual sentencia de condena, y la pareja opinión de que, si se verificara una omisión reglamentaria, el Poder Judicial sólo podría ordenarle dictar ese reglamento, pero no suplir la omisión con una sentencia de la clase que la doctrina llama “aditivas”.

El fallo desechó los fundamentos de tal inquietud:

f)1. En lo teórico, señaló que la sentencia judicial no construye reglas generales: sólo viene a decir el derecho en casos concretos. Cuando ante una inacción de los otros poderes del Estado el Poder Judicial ordena un hacer específico, no invade las atribuciones de

aquéllos, sino que cumple con la función constitucional que le es propia.

Al respecto, y teniendo en cuenta la correlación entre los pares constitución/ley y ley /reglamento, citó al Profesor BIDART CAMPOS:

“Si esto es activismo judicial, lo ponderamos. Si acaso es ‘gobierno de los jueces’ no vacilamos en repetir que los jueces también integran -a su modo- el gobierno, y comparten una función del poder estatal, que es la administración de justicia. Cada cual en lo suyo, los jueces se mantienen en su sitio cuando derivan desde la Constitución obligaciones (de abstención, de dar, o de hacer) que los órganos políticos han dejado incumplidas” (BIDART CAMPOS, Germán, “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, en *Inconstitucionalidad por omisión*, Coord. BAZÁN, Víctor, Temis, 1997, Bogotá, Colombia, # IV).

f)2. Pero además observó el fallo que el Gobierno equivocaba el enfoque del caso concreto, ya que la pretensión de la demanda no consistía en que se reglamentase la ordenanza, sino en que se pagase a los actores las sumas debidas en virtud del derecho que esa ordenanza otorgaba, por los períodos transcurridos desde su vigencia. Por ello, la acción se encuadró como cobro de pesos o de sumas de dinero, y en esta inteligencia debía resolverse.

g) Por último, la sentencia analizó el texto legal, demostrando que los parámetros que fijaba el art. 2º de la ordenanza eran suficientes, por sí solos y sin necesidad de reglamentación, para determinar la suma que cada empleado tenía derecho a percibir.

En definitiva, se hizo lugar a la demanda y se condenó al Gobierno a abonar a cada uno de los actores las sumas que resultasen de la liquidación final, calculadas desde julio de 1992, en la forma indicada en los respectivos párrafos del fallo, a los que remitimos *brevitatis causae*.

#### IV.5. La sentencia de Cámara.

El Gobierno apeló el fallo de 1ª Instancia. El 14 de diciembre de

2005, con el voto de la Dra. Mabel Daniele al que adhirieron sin más los Dres. Esteban Centanaro y Eduardo Russo, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó la apelación y confirmó la sentencia de grado en todos sus términos.

En su desarrollo, el fallo de la Alzada consideró distintas cuestiones, que en forma resumida exponemos a continuación:

a) División de poderes y funciones. Ilícitud de la omisión.

Al expresar agravios, el Gobierno insistió en su postura acerca de que la sentencia invadía la esfera de competencias del Poder Ejecutivo. Al respecto, dijo la Alzada:

“Así las cosas, en nuestro sistema institucional cada Poder del Estado tiene funciones propias y exclusivas, fundado ello no sólo en evitar la concentración del poder sino también en la especialidad de las funciones que se deben cumplir (CSJN, *Fallos*, 310:112); dentro de esa distribución de atribuciones compete al Poder Judicial (...) *el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre los puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las Leyes y normas nacionales y locales (...)*” (artículo 106 CCABA)”.

“En la emergencia lejos de avanzar sobre una función propia de la administración el *a quo* resolvió una contienda entre partes basado en un conflicto normativo y no en la sustitución del juez por la actividad que compete a la accionada”.

“En efecto, la Ordenanza N° 45.241 creó un derecho subjetivo en cabeza de los peticionantes que estableció ciertas bases que, como lo apuntaré luego, le otorgan inmediata operatividad. La omisión de la accionada en cumplir con ese precepto lesiona el derecho subjetivo de los actores a percibir en sus remuneraciones la asignación creada por la norma antes señalada”.

“Así las cosas, como lo indicó el magistrado de la instancia anterior, la administración no puede desconocer ni omitir el cumplimiento de una norma cuya majestad proviene del órgano representante de la voluntad popular de la comuna. Sostener que la accionada

pueda desconocer el cumplimiento de la norma en cuestión por más de 10 años implica sustraerla del principio de legalidad, proceder éste que es el que en todo caso lesionaría el principio de la división de funciones”.

“Por tanto, la intervención del Poder Judicial en autos implica revertir una omisión ilegítima por parte de la autoridad administrativa, lesiva de derechos individuales de los aquí actores; no habiendo en ello inmiscusión alguna de los jueces en la tarea propia de la administración. En rigor, hoy día -como lo sostuvo el Juez Luis Federico Arias en su disertación en el 1<sup>er</sup> Encuentro Argentino Mexicano de Magistrados y Funcionarios Judiciales (realizado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los días 5 y 6 de diciembre de este año)- son las omisiones administrativas las que apremian a los habitantes y requieren jueces dispuestos a restituir los derechos desconocidos por un no hacer cuando la conducta obligada es un ‘hacer’, una ‘prestación concreta y determinada”.

#### b) Operatividad de la norma.

Luego de haber afirmado que el derecho subjetivo que la Ordenanza N° 45.241 puso en cabeza de los actores gozaba de “inmediata operatividad”, agregó la Cámara que:

“... los jueces de la Ciudad Autónoma tenemos la obligación constitucional de reparar las violaciones a los derechos individuales de exigencia inmediata, toda vez que el artículo 10 de la Constitución dispone en su parte respectiva que *‘los derechos y garantías no pueden ser negados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos’*”.

“En rigor, si una norma concede un derecho al particular y contiene, como ocurre en la especie, descripciones lo suficientemente concretas de los supuestos que abarca que hacen posible su aplicación inmediata, es operativa. Es decir, cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deban establecerse (Conf. *mutatis mutandi* CSJN, Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros, de fecha 07.07.92, publicado en LL 1992-C, 543)”.

c) Razonabilidad y alcances del pronunciamiento recurrido.

La Cámara reafirma las facultades de los jueces para resolver casos en la forma hecha por la 1ª instancia, cuando trata otro argumento de los agravios del Gobierno: el que afirma que otro juez podría arribar a otra conclusión distinta respecto a cómo hacer la distribución de las sumas, lo que escapa a la actividad jurisdiccional, y además generaría incertidumbre con relación a si los suplementos deben ser considerados como “remunerativos” o no, y si se deben hacer o no aportes sobre ellos.

Remite la Alzada a las consideraciones previas, aplicables también a esta defensa, y reitera que “-por regla- es del resorte del Poder Judicial restaurar la legalidad en casos concretos” y que “la ilegítima omisión de la administración en cumplir con el mandato del cuerpo legislativo ... obliga a los jueces -sin que ello implique avanzar sobre funciones que son del resorte de los otros poderes- a restaurar la legalidad interpretando los alcances de cada uno de los preceptos en juego”.

“Por ello -agrega-, el argumento en sentido que otro juez podría resolver en un sentido plenamente distinto habida cuenta lo laxo y opinable de los alcances de las disposiciones de la Ordenza, no sólo es un agravio conjetural lo que de por sí es suficiente para declinar su tratamiento, sino que obvia que los jueces resuelven casos concretos y no casos abstractos y generales”, sin olvidar que “es la omisión de la administración la que impone al juez interpretar de un modo razonable los preceptos de la ley, sin que ello haya significado sustituir el criterio del juez por el de la accionada”.

Finalmente, recordó lo dicho por la Corte Suprema acerca de que “la exégesis de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o el apego a la letra no desnaturalice la finalidad que ha inspirado su sanción (CSJN, *Fallos*, 310: 500), por cuanto ‘las normas deben ser interpretadas indagándose su verdadero alcance mediante un examen atento de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador (...)’ (CSJN, *Fallos*, 310: 572)”.

#### IV.6. *Intervención del Tribunal Superior de Justicia.*

La última etapa del caso se desarrolló ante los estrados del Tribunal Superior de Justicia, al que el Gobierno acudió en queja cuando la Cámara de Apelaciones rechazó el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia de la Alzada (Expte. N° 4804/06: “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Mazzaglia, Cayetano y otros c/GCBA s/cobro de pesos’”).

El Alto Tribunal local dictó sentencia el 13/12/2006; no hizo lugar a la queja, con lo que las decisiones previas quedaron firmes. Como antes dijimos, el fallo fue unánime: un primer voto más extenso del Dr. Luis Lozano fue compartido por los Jueces Ana María Conde, Alicia Ruiz, José O. Casás y Julio B. Maier, con el sólo agregado de algunos fundamentos adicionales.

En rigor, el fallo del Tribunal Superior no se adentra en las principales cuestiones de fondo planteadas en las instancias inferiores: decide, en esencia, que o bien no se introdujo en forma y tiempo oportunos la cuestión constitucional que plantea la queja (“la prescindencia del derecho vigente al aplicar normativa derogada”), o bien, derechamente, no hay cuestión de esa naturaleza en los restantes agravios, pues en ninguna instancia se acusó la inconstitucionalidad de las normas aplicables.

No obstante, resultan interesantes algunas de las consideraciones de ésta, la sentencia final:

a) El Gobierno alegó en esta instancia que las sentencias anteriores habían prescindido del derecho vigente, en tanto, sostuvo, la Ordenanza N° 45.241 había sido tácitamente derogada por las normas que, en 1992, introdujeron el SIMUPA. Como se dijo, el agravio fue desestimado por inoportuno, ya que no se había planteado en las instancias debidas. Pero, además, el Juez Casás advirtió que varias normas posteriores a la vigencia del SIMUPA, emanadas del Poder Ejecutivo, hacían referencia a la ordenanza en cuestión, por lo que la defensa también perdía consistencia en lo sustantivo.

b) Aun sin agregar mayores fundamentos, el fallo ratificó el carácter operativo del derecho pese a la ausencia de reglamentación. Así, escuetamente precisó que “la principal defensa que la Procuración General planteó ante la primera instancia giró en torno a la no operatividad del derecho, por falta de reglamentación. La sentencia de primera instancia trató, medítadamente, los distintos aspectos involucrados en la controversia y los decidió con fundamentos suficientes que fueron, en lo sustancial, ratificados por la alzada”.

c) Con mayor extensión, en el punto 5 de su voto el Juez Lozano rechazó el agravio atinente a la supuesta “asunción por el juez de atribuciones propias del Poder Ejecutivo”, “reiteradamente, descartado por este Tribunal”, con cita de la decisión del 11/12/02, *in re* “González, Jorge Esteban c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (Expte. N° 1891/02), entre otros: “La genérica invocación de una lesión al principio de división de los poderes y de la zona de reserva de la Administración (...), es manifiestamente improcedente. Tal argumentación vedaría cualquier intervención judicial cuando, como en el caso, se requiere la protección de un derecho constitucional conculcado por las autoridades administrativas. Estos principios sólo se dirigen a establecer la competencia privativa de los órganos superiores del Estado, sin que tal circunstancia traduzca la exclusión del control de los jueces”.

Y agregó que “la cuestión que plantea el caso no trata sobre el desequilibrio de los poderes, como se plantea en el recurso; sino sobre la garantía de los derechos de los agentes públicos frente al Poder Ejecutivo como empleador. No es correcto agravarse del cumplimiento por los jueces del deber de resolver las controversias que corresponden a su competencia, fundando el recurso en la ruptura del equilibrio republicano de los poderes o en las atribuciones que, originariamente, compete ejercer al Jefe de Gobierno. El control judicial de la actividad o inactividad administrativa sobre el que trata el caso, debe ser considerado y discutido (si así correspondiera) de acuerdo con el art. 106 de la Constitución local”.

d) Finalmente, no podemos soslayar la breve pero categórica *ad-denda* que el voto de la Dra. Ruiz hace al previamente citado punto 5 del Dr. Lozano:

“Sólo me permito agregar en relación con el punto 5 del voto mencionado [*Lozano*] que, insistir -como lo hace el GCBA- en la existencia de una ‘zona de reserva de la Administración’ excluida del escrutinio jurisdiccional es insostenible frente al modelo judicialista fuerte que resulta del juego armónico de los arts. 106 y 108 de la CCBA y arts. 28, 29, 31 y 75 inc. 22 de la CN”.

Doctrina que compartimos plenamente, por ésa y varias otras razones, cuya exposición excede el objeto de este artículo.

## V. Conclusiones

Aunque en definitiva la sentencia de condena se sostuvo en la evidente naturaleza operativa de las normas en cuestión, que hacía innecesaria reglamentarlas, los argumentos esgrimidos por la demandada, en especial, generaron el debate sobre un conjunto de temas vinculados a la vigencia de los derechos y la eventual incidencia que sobre ella puede tener la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

Como anuncia el título, se puede afirmar que en varios de esos puntos hay cosa juzgada, a partir de las sentencias firmes que, emanadas de todas las instancias del Poder Judicial de la Ciudad, resolvieron en un sentido uniforme las controversias planteadas.

He aquí las principales conclusiones:

1. El acatamiento de las leyes no es optativo para el órgano ejecutivo, ni está sujeto a su parecer: en ello reside la esencia del Estado de Derecho y de los derechos y garantías de los ciudadanos.

2. El reglamento de ejecución es siempre de carácter “sublegal”; el Ejecutivo no puede modificar la ley de manera alguna, y obviamente tampoco puede ignorarla: debe limitarse a cumplirla.

3. La facultad reglamentaria del órgano ejecutivo es una función de índole excepcional; y no es obligatoria, salvo en ciertas circunstancias específicas.

4. Tanto en el caso de que el Poder Ejecutivo considere preciso reglamentar una ley, para su mejor ejecución, como en los que esa reglamentación se impone por mandato expreso de la ley o por su contenido específico (reglamentos de integración), el dictado de los actos reglamentarios necesarios al efecto se torna, sí, obligatorio.

5. En estos últimos supuestos, la omisión en el dictado del reglamento es ilícita; ni la ausencia ni la insuficiencia de la reglamentación puede obstaculizar la plena operatividad y vigencia de los derechos. El principio es que las normas jurídicas son, por esencia y en especial las que reconocen derechos, operativas, es decir, autoejecutivas.

6. El eventual y excepcional carácter “programático” de una norma no desmerece la exigibilidad del derecho que reconoce, ni la convierte en una simple expresión de deseos o formulación “ideal”: su observancia es tan obligatoria como la de la norma operativa, con la única salvedad de que la obligación primaria del Estado es la de dictar las normas pertinentes o actuar las acciones de gobierno que habiliten su operatividad.

7. La demanda por omisión en el cumplimiento de la ley debe recibir una sentencia judicial que diga el derecho en el caso concreto. Tal sentencia no construye reglas generales: cuando ante una inacción de los otros poderes del Estado el Poder Judicial ordena un hacer específico, no invade las atribuciones de aquéllos, sino que cumple con la función constitucional de control, que le es propia.

En suma: creemos que el caso que hemos puesto a consideración del lector ha rendido frutos de extraordinario valor para la consolidación del Estado de Derecho en la joven Ciudad. Confiamos en que las soluciones que postula se instalen firme y definitivamente en la conciencia de los actores jurídicos y políticos de nuestro Estado

autónomo, de manera que el cumplimiento de la ley por parte del poder no sea producto forzado de litigios judiciales, sino derivación natural de la convicción democrática de los funcionarios.