

CABA - Federación de Comercio e Industria de la Ciudad de Buenos Aires (2017)- Normas de planeamiento urbano. Legitimación para accionar. Exigencias de uso y destino público.

Hechos y decisión

Los actores cuestionaban obras realizadas para el emplazamiento de un centro comercial y planteaban como medida cautelar la suspensión inmediata de su ejecución e inauguración.

La sentencia del TSJ reconoce la legitimación del habitante, pero no la de la Federación que era co-actora en la causa, cuyo objeto social -puntualizó el fallo- no está próximo a los intereses ambientales, sino a las prácticas comerciales e industriales.

En cuanto a la cuestión de fondo, el fallo hace lugar al planteo considerando que la autorización del centro de compras incumplía con las exigencias de uso y destino público establecidos en la norma de planeamiento urbano prevista por el legislador.

En función de ello, y atento a la cantidad de trabajos realizados en el lugar, el fallo propicia que se siga “una solución que se haga cargo de las obligaciones que debió atender la empresa, sin que ello imponga la demolición de la obra, pero que en todo caso tenga en vista satisfacer un objetivo ambiental, en ese terreno o en otro que a tales fines se acuerde”.

Sumarios del fallo

- Las menciones a la interrelación entre los aspectos comerciales, sociales y ambientales —quizá válida para enfoques y estudios interdisciplinarios o en supuestos especiales— no son contundentes para justificar la legitimación de esa Federación en materia ambiental.
- Quedará entonces al prudente arbitrio de los jueces de mérito, dentro de los lineamientos legales que se enuncian, arribar a la mejor solución que contemple no solo los intereses del concesionario sino también el derecho de todos al uso del espacio público, sin que ello implique que se genere un beneficio patrimonial y singular al accionante.

Federación de Comercio e Industria de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ Federación de Comercio e Industria de la Ciudad de Buenos Aires y otros c/ GCBA y otros s/ amparo

Buenos Aires, 30 de junio de 2017

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

resulta:

1. La Federación de Comercio e Industria de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, FECOBA) y el señor Vicente Lourenzo presentan recurso de queja (fs. 42/57) contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que denegó la concesión del recurso de inconstitucionalidad que interpusieron para cuestionar el fallo de la alzada que resolvió el fondo del amparo, rechazándolo.

2. En cuanto ahora interesa, FECOBA y Vicente Lourenzo promovieron una demanda de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dirigida a que se declarase “(i) la ilegalidad e inconstitucionalidad de la disposición N° 1015/GCABA/DGIUR/13, de fecha 26 de junio de 2013, de las decisiones que la precedieron con el mismo contenido, en particular la Disposición DGIUR N° 178/06, ambas dictadas sin la evaluación de Evaluación de impacto ambiental de la actividad cuyo uso se autorizó (Ley 25.675 y Ley 123); asimismo la Disposición N°1015/GCABA/DGIUR/13 se basa exclusivamente en la Ley 4477, causa jurídica cuya invalidez también aquí se pretende; (ii) la inconstitucionalidad de lo establecido en los artículos 3° y 8° y los Anexos 3 y 4 de la Ley 4477...”. Se trata de normas y actos referidos a las obras destinadas al centro comercial situado en el predio delimitado por las avenidas Santa Fe y Juan B. Justo y las calles Godoy Cruz y Paraguay.

También solicitaron como medida cautelar que se ordenase la suspensión de las obras —decisión que finalmente concedió la Cámara al “disponer la suspensión inmediata de la ejecución e inauguración de la obra hasta que medie sentencia definitiva firme”— (fs. 1/38 vuelta del expediente principal, al que corresponde la foliatura que se menciona en lo sucesivo, salvo indicación en otro sentido).

Posteriormente, y ante el dictado de la resolución nº 157/2014 que concedió la declaración de impacto ambiental (fs. 1764/1771), la parte actora se dirigió también contra esos actos administrativos (fs. 1792/1801 vuelta).

3. En primera instancia se dispuso la conexidad de la causa con los autos “Charlón, Marcelo Alejandro y otros c/GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)” (fs. 374/374 vuelta y fs. 377); autos en los que finalmente se dispuso la caducidad de instancia por el juez de grado (ver referencia a fs. 1918, punto 2).

4. El GCBA contestó la demanda (fs. 916/927 vuelta). Se opuso a la admisibilidad del amparo por falta de legitimación de los actores, ausencia de caso, no resultar la vía más idónea para articular la pretensión, y también a su procedencia. Solicitó la citación de Arcos del Gourmet S.A. (en adelante, AGSA) al proceso, dado su interés en el pleito.

A fs. 1630/1658 AGSA contestó demanda. Cuestionó la legitimación de los actores y se opuso a la procedencia de la acción.

A fs. 1732/1761 vuelta la Legislatura de la Ciudad también contestó demanda. Entendió inadmisibles la vía intentada por los actores y también contravirtió la legitimación de la parte actora y la procedencia del amparo.

5. En fecha 29/8/2014 se dictó la sentencia de primera instancia (fs. 1865/1889) que declaró la falta de legitimación activa en materia ambiental de ambos coactores (FECOBA y Lourenzo); admitió la legitimación activa de FECOBA para obrar en favor de los comercios minoristas de la zona aledaña al centro de compras en lo atinente a la defensa de la competencia; y rechazó la acción de amparo interpuesta por considerar abstracto el planteo de inconstitucionalidad del proceso de sanción de la ley n° 4477, ya que el emplazamiento del centro comercial autorizado por la disposición n° 1015-DGIUR-2013 tenía respaldo en disposiciones del Código de Planeamiento Urbano (en adelante, CPU) que son anteriores a la sanción de la ley objetada, y había sido categorizado como de impacto ambiental con relevante efecto por la autoridad competente.

6. La parte actora apeló la sentencia y expresó agravios (fs. 1901/1913 vuelta).

Afirmó que: (i) el fallo era contradictorio pues reconocía a Lourenzo su carácter de vecino legitimado para accionar en materia ambiental, pero le desconocía luego un interés propio en razón de sus vínculos con FECOBA; (ii) el rechazo de la legitimación activa de FECOBA partió de una arbitraria interpretación del concepto de "Ambiente", que desconoció el inescindible vínculo entra la normativa ambiental y urbanística que se presentaba en el caso de autos; (iii) no era correcto afirmar que el emplazamiento del centro comercial conservaría su respaldo aunque la ley n° 4477 fuese inválida, sin examinar si se había cumplido la normativa ambiental pues el CPU hace expresa referencia a la ley n° 123; por ello la declaración de abstracto respecto del planteo de nulidad de la ley n° 4477 fue arbitraria; (iv) se había reconocido eficacia jurídica al hecho consumado, pese a estar cuestionado.

También apeló la sentencia el Ministerio Público Fiscal. Cuestionó que se hubiese admitido la existencia de un "caso" y reconocido legitimación activa a FECOBA para actuar en defensa de la competencia (fs. 1891/1896).

El GCBA contestó el traslado del recurso de los actores (fs. 1920/1925 vuelta). También lo hicieron la Legislatura (fs. 1927/1934 vuelta) y AGSA (fs. 1946/1953 vuelta).

Por su parte, los actores respondieron la apelación del equipo fiscal interviniente (fs. 1936/1945).

A su turno, el Fiscal de Cámara mantuvo el recurso de ese Ministerio Público y dictaminó que debía rechazarse la apelación de la parte actora (fs. 1958/1963).

7. La Sala II resolvió, por mayoría integrada por los jueces Esteban Centanaro y Fernando Juan Lima, "... rechazar la legitimación activa de FECOBA para instar la defensa de la competencia. 2) Rechazar el recurso de apelación de las actoras. 3) Costas por su orden" (fs. 1965/1973 vuelta).

La decisión afirmó que: "Las constancias de la causa excluyen la certeza de que se configure una 'causa fáctica común' como lo pretende sostener la co-actora. En efecto, no se aprecia de modo nítido la existencia de un conjunto uniforme (comerciantes minoristas próximo al emprendimiento) cuya posición jurídica aparezca afectada en igual medida. De hecho, como lo señaló el tribunal *a quo* en su sentencia y lo precisan tanto la fiscal ante la primera instancia como el fiscal ante la Cámara, el colectivo 'comerciantes minoristas' aparece como un conjunto con intereses heterogéneos que impide asumir que dicho emprendimiento resulte lesivo. Sobre estas bases, se aprecia que el planteo no se centra en el aspecto 'común' o 'colectivo' del daño, pues, precisamente, no se comprobó una lesión al conjunto, extremo que descarta, por el modo en que fue propuesta la pretensión, que la acción individual no aparezca plenamente justificada" (fs. 1966 vuelta).

Los magistrados tuvieron en cuenta, además, que durante el transcurso de la causa "... la Agencia de Protección Ambiental dictó la Resolución N° 157/2014 por medio de la cual otorgó la Declaración de Impacto Ambiental y el pertinente certificado, indicando a su vez las medidas a implementar para mitigar los efectos ambientales. Siendo ello así, y al girarla argumentación sustancial del recurso en el incumplimiento del procedimiento establecido en la ley N° 123, se torna abstracto expedirse sobre este punto" (fs. 1967). Y consideró improcedente examinar la cuestión relativa a los alcances de lo establecido en el artículo 3.1.2 del CPU pues "excede el ámbito del debate propuesto, en la medida en que su consideración, dada la complejidad del asunto y los eventuales alcances de su análisis, no concuerda con el ámbito de debate y el modo en que se sustanció el pleito" (fs. 1967).

En disidencia, la jueza Mabel Daniele votó por "1) Rechazar el recurso deducido por el Ministerio Público Fiscal. 2) Admitir el recurso de la parte actora y, por ende, revocar la sentencia de grado, haciendo lugar a la demanda promovida por FECOBA, declarando, por las razones expuestas, la nulidad absoluta e insanable de la resolución N° 157/APRA/2014, y por ello de la obra emplazada consistente en un "Centro Comercial" en el predio sito en la ex Playa de maniobras del Ferrocarril General San Martín, calle Godoy Cruz N°2402/2504/50/60/62/70/80/90/2604/06/30/34/70, Av. Paraguay s/N ° , Av. Juan B. Justo N°602/896, Av. Santa Fe N°4656/58/70/96, 2° subsuelo, subsuelo, P.B., E.P., adjudicado a Arcos del Gourmet SA. 3) Con costas" (fs. 1973/1973 vuelta).

8. Los coactores interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara (fs. 1976/2002). Afirmaron que: (i) se omitió tratar la legitimación del señor Vicente Lourenzo para demandar en materia ambiental; (ii) el rechazo de la

legitimación de FECOBA referida a la competencia expuso una interpretación errónea del artículo 14 de la CCABA y desnaturalizó su planteo; (iii) no fue considerada la legitimación de FECOBA para la defensa del medio ambiente; (iv) se pasó por alto el planteo de inconstitucionalidad de la ley n° 4477; (v) la resolución n° 157/APRA/14 era nula; (vi) se ignoró lo establecido en el artículo 3.1.2. del CPU; y (vii) la sentencia era arbitraria.

9. Previo traslado, que fue contestado por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 2007/2024 vuelta) y AGSA (fs. 2034/2059 vuelta), no así por el GCBA ya que su respuesta fue desglosada al resultar extemporánea (fs. 2070/2071), la Sala II declaró inadmisibile el recurso (fs. 2073/2074 vuelta).

10. La denegatoria dio lugar a la queja referida en el punto 1. La parte recurrente afirmó la existencia de un caso constitucional “por encontrarse comprometido lo establecido en los artículos 14 -legitimación activa para la interposición de amparos en defensa de derechos o intereses colectivos-, 12 -inviolabilidad de la propiedad y acceso a la justicia-, 30 -procedimiento previo de Evaluación de Impacto Ambiental-, 89 y 90-procedimiento de doble lectura para la sanción legislativa, 13 -razonabilidad o proporcionalidad de los actos estatales y defensa en juicio, de la Constitución de la Ciudad” (fs. 56 vuelta de la queja); y que “esta cuestión constitucional guarda concreta relación con la sentencia de fecha 02/12/2014 que hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, rechazó la legitimación activa de FECOBA para instar a la defensa de la competencia; y rechazó el recurso de apelación de las actoras”. Agregó que logró acreditar la arbitrariedad de la sentencia atacada (fs. 56 vuelta/57 de la queja).

11. Requerido su dictamen, el Fiscal General propició el rechazo del recurso directo por los argumentos que expone a fs. 73/79 vuelta de la queja.

Fundamentos:

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. La queja planteada por el apoderado de los coactores cumple con los recaudos formales de interposición, examina críticamente el auto denegatorio dictado por la Alzada en cuanto afirmó la inexistencia de un caso constitucional, y expone ante el Tribunal una cuestión vinculada con la interpretación de las reglas constitucionales referidas a la legitimación para accionar (artículo 14 de la Constitución de la Ciudad) y sobre esas materias en sí mismas, vinculándolas con las cuestiones debatidas en el caso. El recurso de hecho, entonces, debe ser admitido.

2. Legitimación de los coactores

En primer lugar, corresponde tratar el agravio de los actores vinculado a su legitimación procesal, punto debatido en estas actuaciones.

En este sentido, cabe señalar que la pretensión esgrimida en el *sub examine* para encuadrar en la acción prevista en el art. 14, segundo párrafo, de la CCABA, debe demostrar que los actores persiguen la tutela de los derechos de incidencia colectiva allí individualizados (ambiente, competencia), sin que a tal fin basten la invocación de la afectación de la Constitución, la legalidad o la razonabilidad si es que no se demuestra el impacto de esas transgresiones en los *derechos colectivos* mencionados cuya tutela persiguen los amparistas. A su vez, deben demostrar que se verifican las condiciones normativas requeridas para litigar en defensa de esos derechos.

2.1 La legitimación del señor Lourenzo

i. El recurso plantea, a mi juicio con razón, un caso constitucional fundado en el artículo 14 de la CCABA referido a la legitimación del señor Vicente Lourenzo, quien invocó su calidad de habitante de la Ciudad para justificar su habilitación para “pretender” en el proceso dado los aspectos ambientales que consideró afectados.

ii. La sentencia de primera instancia (punto VIII.7), confirmada por la alzada, incurre en la contradicción que el recurrente señala: por un lado admite que cualquier habitante está legitimado activamente para interponer una demanda de amparo cuando “*se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, (...) de la competencia...*”, sin exigir que se domicilie en zona próxima o adyacente al centro comercial (como era reclamado por AGSA); pero luego, acoge el erróneo planteo de la fiscalía de primera instancia que hizo desaparecer la investidura de “habitante” del actor ya que en la audiencia pública realizada el 11 de diciembre de 2012 (durante el procedimiento de doble lectura de la ley nº 4477) “*intervino como Vicepresidente de FECOBA y defendió exclusivamente intereses vinculados con los comerciantes minoristas del sector*”. A partir de esa premisa concluyó que FECOBA y Lourenzo “*son portadores de los mismos intereses de manera que la acción deducida por aquél no es genuinamente autónoma e independiente de la promovida por su coactora*”.

La Constitución local, dice bien el juez, exige ser habitante para estar legitimado en materia ambiental. Nada más. Se equivoca cuando le impone el deber de obrar en todo momento, dentro y fuera del proceso, de una manera diferenciada de su coactora FECOBA. Las calidades y razones de su participación en la audiencia no debían ser las mismas que las de su intervención en este proceso judicial. Ninguna regla jurídica lo impone.

En ese sentido, analizando un caso en el que se invocaba la doble condición de “legislador” y de “habitante”, en un amparo incoado en defensa de un derecho colectivo indivisible como el ambiente, sostuve **“Jurídicamente, la única forma de negarle legitimación al actor sería desconocer su condición de ‘habitante’** (art. 14, segundo párrafo, CCABA, *a contrario sensu*)” (cf. mi voto en los autos *“Di Filippo, Facundo Martín c/ GCBA s/ amparo (art., 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”* y su *acumulado expte. nº 7731/10 “GCBA s/ recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Di Filippo, Facundo Martín C/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)’*”, expte. nº 7774/10, sentencia del 14 de noviembre de 2011; negritas agregadas). Vale aclarar que el criterio que sostuve en este precedente no fue acompañado por todos mis colegas pero, de todos modos, entiendo que en este caso se verifica una relación incluso más directa con un perjuicio ambiental en tanto se invoca una mayor disponibilidad del espacio público —ligado al valor constitucional del interés general en materia ambiental— a partir de normativa específica.

iii. Cuestión diferente será determinar cómo ha quedado articulada la pretensión ambiental y si ella resulta procedente.

Pero, en lo que ahora importa, es posible afirmar que el señor Lourenzo, vecino de esta Ciudad, ha logrado demostrar que puede verse afectado el derecho del que es co-titular de manera concreta en tanto, a su entender, la instalación del centro comercial en cuestión incumple normativa ambiental específica.

2.2 La legitimación de FECOBA en material ambiental

Aunque FECOBA se agravia por el desconocimiento de su legitimación activa para pretensiones ambientales, entiendo que el recurso no conmueve lo decidido en las instancias anteriores. El objeto social de FECOBA no está próximo a los intereses ambientales, sino a las prácticas comerciales e industriales. Las menciones a la interrelación entre los aspectos comerciales, sociales y ambientales —quizá válida para enfoques y estudios interdisciplinarios o en supuestos especiales— no son contundentes para justificar la legitimación de esa Federación en materia ambiental; por el contrario, las alusiones a los aspectos ambientales aparecen como senderos que reconducen a la arteria principal del reclamo del FECOBA: *“la protección contra la competencia objetivamente legítima”* (fs. 1993 vuelta); *“el hecho de que exista competencia ilegítima (en tanto objetivamente contraria al ordenamiento) impacta sin dudas en los aspectos socio-económicos ambientales...”* (fs. 1994).

En suma, la sentencia ha decidido correctamente **que FECOBA no es una de las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos ambientales** y, claro está, **tampoco un “habitante”** en el sentido constitucionalmente humano de la expresión.

Luego, si la aptitud para demandar que invoca FECOBA no hace pie en los fines que le asigna su respectivo objeto social, no cabe sino concluir que se acciona en defensa del interés general de que se cumpla con la Constitución y las leyes, lo que no conduce a la habilitación procesal (cfr. doctrina de la CSJN en *“Mendoza, Beatriz Silvia*

y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo”, sentencia del 30 de agosto de 2006).

2.3 La falta de legitimación de FECOBA en materia de competencia

i. La sentencia apelada negó legitimación activa a FECOBA para formular la demanda de autos por considerar que no justificó adecuadamente que se verifiquen los requisitos para litigar colectivamente los intereses individuales de los comerciantes minoristas.

Aun cuando los agravios se relacionan con la interpretación de cláusulas constitucionales, el recurrente no ha cumplido con la carga procesal que importa desarrollar un caso constitucional con suficiente argumentación que sostenga el sentido de su crítica.

En este sentido, la recurrente no rebate lo afirmado por la Cámara en cuanto a que *“Las constancias de la causa excluyen la certeza de que se configure una ‘causa fáctica común’. En efecto, no se aprecia de modo nítido la existencia de un conjunto uniforme (comerciantes minoristas próximo al emprendimiento) cuya posición jurídica aparezca afectada en igual medida. De hecho... el colectivo ‘comerciantes minoristas’ aparece como un conjunto con intereses heterogéneos que impide asumir que dicho emprendimiento resulte lesivo. Sobre estas bases, se aprecia que el planteo no se centra en el aspecto ‘común’ o ‘colectivo’ del daño, pues, precisamente, no se comprobó una lesión al conjunto, extremo que descarta, por el modo en que fue propuesta la pretensión, que la acción individual no aparezca plenamente justificada”*.

Cabe resaltar que la CSJN ha entendido que no se da el recaudo referido a que la pretensión procesal esté enfocada en el aspecto colectivo del hecho invocado como causa fáctica común cuando *“... El universo de situaciones y supuestos que la actora pretende abarcar resulta excesivamente vasto y heterogéneo y, además, presenta singularidades que impiden resolver la cuestión planteada, útilmente y con efecto expansivo, en el marco de un único proceso”* (in re *“Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cia Industrial Argentina SA”* del 10 de febrero de 2015).

ii. Por otra parte, el planteo de la recurrente referido a que la "homogeneidad fáctica y normativa" que establecería la comunidad de la controversia surgiría de *“la ilegitimidad del proyecto en cuestión, sustentado en normas inconstitucionales como la Ley 4477, y en resoluciones consecuentes que comparten tal vicio de origen, además de violar las previsiones del Código de Planeamiento Urbano”*, desplaza el derecho de incidencia colectiva invocado al planteo en el que se expone una confrontación objetiva con la Constitución. Así, de los aspectos referidos a la competencia comercial se pasa a la defensa de la constitucionalidad de las leyes y de la legalidad de la actuación de la Administración. Pero es sabido que en el sistema de acciones procesales del ordenamiento jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la acción que permite obrar en ese sentido no es la de amparo del art. 14 de la CCABA,

sino la de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 3°, si concurren los requisitos que la configuran.

3. Cuestionamientos de Lourenzo a la decisión sobre el fondo del asunto debatido.

3.1 En primer lugar, corresponde circunscribir la cuestión a decidir por el Tribunal en atención a lo resuelto en las instancias de mérito y a los recursos interpuestos por la actora para, así, determinar cómo ha quedado articulada la pretensión ambiental que, en función de la legitimación reconocida al Sr. Lourenzo, corresponde a este Estrado examinar. Es que, como se verá, algunas cuestiones han devenido firmes y fuera de debate.

Los accionantes promovieron una demanda de amparo contra el GCBA dirigida a que se declare *“(i) la ilegalidad e inconstitucionalidad de la disposición N° 1015/GCABA/DGIUR/13, de fecha 26 de junio de 2013, de las decisiones que la precedieron con el mismo contenido, en particular la Disposición DGIUR N° 178/06, y (ii) la inconstitucionalidad de lo establecido en los artículos 3° y 8° y los Anexos 3 y 4 de la Ley 4477...”*.

Posteriormente, a fs. 1764/1773, Arcos del Gourmet SA presentó un escrito poniendo en conocimiento que el 10 de abril de 2014 la Agencia de Protección Ambiental le había otorgado un Certificado de Aptitud Ambiental con Relevante Efecto (resolución n° 157/APRA/2014). Corrido el traslado de esta presentación, la parte actora se dirigió también contra ese acto administrativo. En particular, sostuvo que *“el proyecto ilegítimamente autorizado por APRA incumple el artículo 3.2.1. del Código de Planeamiento Urbano y la cesión y el uso público previsto para las tierras, las que a su vez debieron prioritariamente afectarse a la creación de nuevos espacios verdes”* (fs. 1793 vuelta).

En fecha 29/8/2014 se dictó la sentencia de primera instancia que, en cuanto ahora interesa precisar, rechazó la acción de amparo interpuesta por considerar abstracto el planteo de inconstitucionalidad del proceso de sanción de la ley n° 4477, ya que el emplazamiento del centro comercial tenía respaldo en disposiciones del Código de Planeamiento Urbano, que eran anteriores a la sanción de la ley objetada.

Ahora bien, este punto del decisorio de primera instancia no fue cuestionado por la actora en su apelación de fs. 1901/1913 vuelta, quien solo insistió en que debieron considerarse otras normas del CPU (art. 3.1.2).

Luego, la Cámara, al tratar sus agravios expresó que *“al girar la argumentación sustancial del recurso en el incumplimiento del procedimiento establecido en la ley N° 123”* y al haberse otorgado la Declaración de Impacto Ambiental y el pertinente certificado (resolución n° 157/14), se tornaba abstracto expedirse sobre el punto.

Y consideró improcedente examinar la cuestión relativa a los alcances de lo establecido en el artículo 3.1.2 del CPU pues *“excede el ámbito del debate propuesto, en la medida en que su consideración, dada la complejidad del asunto y los eventuales*

alcances de su análisis, no concuerda con el ámbito de debate y el modo en que se sustanció el pleito”.

En su recurso de inconstitucionalidad, la actora se agravia porque entiende que se pasó por alto el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad de la ley n° 4477. Sin embargo, como quedó dicho, esta cuestión no formaba parte del tema a decidir por la Cámara en la medida en que no había sido objeto de apelación lo resuelto en punto a ello por el juez de primera instancia.

Luego, la cuestión a resolver ahora se circunscribe a determinar si la sentencia en crisis omitió ilegítima y arbitrariamente darle tratamiento al agravio vinculado a la violación del Código de Planeamiento Urbano por parte de la resolución n° 157/14.

3.2. El código de planeamiento urbano

i. La alzada ratificó la sentencia de primera instancia que sostuvo que era innecesario examinar la inconstitucionalidad de las disposiciones cuestionadas de la ley n° 4477 ya que el proyecto autorizado por la disposición n° 1015/GCABA/DGIUR/13 encontraba apoyo en una norma anterior a la ley cuestionada, el Código de Planeamiento Urbano, que permitía la construcción del centro de compras minoristas en ese lugar.

ii. No obstante, el fallo omitió examinar si el proyecto cumplía con las exigencias de una norma del CPU que no fue cuestionada y que está directamente dirigida a reglar una situación como la que plantea el proyecto del centro comercial, a saber: el artículo 3.1.2 del CPU. Esta norma titulada “PROPORCIÓN DE TERRENO DESTINADO PARA USO Y UTILIDAD PÚBLICA” dispone que *“Todo parcelamiento que exija la apertura de vía pública o propuesta de urbanización referida a una superficie superior a 1,5Ha, obligará a la cesión gratuita a la Ciudad de una superficie de terreno no menor del 25% ni mayor del 50% del total del área de la parcela, afectada para uso y utilidad pública. En todos los casos deberá destinarse no menos de una tercera parte de la superficie cedida a espacios verdes de uso público y acceso irrestricto. En el parcelamiento de tierras de propiedad del Estado Nacional sujetas a privatización o desafectadas del dominio o de un servicio público se destinará como mínimo el 65% de la superficie total para uso y utilidad pública transfiriéndose su dominio a la Ciudad. Deberá afectarse especial y preferentemente dicha superficie a la generación de nuevos espacios verdes parqueizados. Quedan exceptuados de esta norma los parcelamientos en el Distrito U31”.*

La mayoría de la alzada pretendió desentenderse de este aspecto de la controversia señalando que *“la cuestión introducida, relativa a los alcances de lo establecido en el art. 3.1.2. del CPU excede el ámbito del debate propuesto, en la medida en que su consideración, dada la complejidad del asunto y los eventuales alcances de su análisis, no concuerda con el ámbito del debate y el modo en que se sustanció el pleito”* (fs. 1967).

Sin embargo, el examen de esa norma parece inevitable pues su aplicación al proyecto de AGSA está también impuesta por la ley nº 4477 (en una de sus disposiciones que no ha sido cuestionada): “Art. 14.- El Estado Nacional y/o los desarrolladores según corresponda deberán presentar ante la Dirección de Catastro del GCBA, para su Registro, el Plano de Mensura Particular con Fraccionamiento, Cesión de Calles, Ochavas y Espacios de Uso y Utilidad Pública, **en un todo de acuerdo con los Art. 3.1.1 y 3.1.2 del Código de Planeamiento Urbano**. Dicho plano deberá discriminar la superficie que permanecerá afectada al uso ferroviario y centros de transbordo de la que se destine al desarrollo urbano motivo de la presente ley. **Del total de esta última superficie, se deberá ceder a título gratuito, el 65% para uso y utilidad pública transfiriéndose su dominio a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**” (precepto que debe ser interpretado con las matizaciones que más adelante se desarrollan).

Es fundamental advertir que esta norma (art. 14 de la ley nº 4477) se corresponde con el artículo 13 del proyecto de los diputados Juan Cabandié, Gabriela Cerruti y Aníbal Ibarra que se aprobara en primera lectura y fuera, finalmente, sancionado como ley nº 4477 (ver VT 28, pág. 324, sesión del 1º de noviembre de 2012, agregado a fs. 515).

iii. Si bien, por regla, los jueces no están obligados a considerar todas las cuestiones propuestas por las partes, la omisión de aquellas que tienen virtualidad para modificar el sentido de la decisión descalifica la sentencia, como ocurre en autos. La decisión de las instancias anteriores respecto a que la obra tendría apoyo en el C.P.U. pero sin examinar si cumplía con otros aspectos del C.P.U. (art. 3.1.2.) relativos al proyecto, no satisface las condiciones de validez de una sentencia judicial en ese punto.

Las razones brindadas por la Cámara para no ahondar en ello constituyen un fundamento tan solo aparente porque a nadie se le escapa que el obrar de la administración y de los administrados tiene que realizarse dentro del cauce estricto de la ley y que este es un requisito de validez para la emisión de los actos administrativos. No cabe, entonces, adoptando una solución marcadamente reduccionista, descartar la consideración de extremos conducentes para la solución de este pleito.

iv. Estaba previsto que para modificar la zonificación que permitiera el proyecto que AGSA pretendía llevar adelante debía disponerse “**para uso y utilidad pública**” el 65% de la superficie desafectada del uso ferroviario.

La posibilidad de que se conformen espacios verdes parqueados de uso público y acceso irrestricto establecido en ambas leyes configura una cuestión ambiental constitucionalmente tutelable, que no ha sido oída adecuadamente por la alzada.

No se me escapa que la normativa en cuestión fue invocada con posterioridad a la interposición de la demanda y de la traba de la litis; sin embargo, no puede alegarse que las reflexiones que motivan este voto colocan en una situación de indefensión a la codemandada AGSA cuando fue fruto de su propia conducta discrecional incorporar a la causa la resolución nº 157/14 que trata el punto; y sería venir contra los propios

actos prevalerse de un régimen tomando solo los aspectos que favorecen su pretensión y no los restantes que pueden agravar o ser más onerosos que sus consecuencias.

Asimismo, en tanto se trata del cumplimiento de obligaciones legales, es dable señalar que en el Estado de Derecho el cumplimiento de las reglas debe ser el norte que guíe la actuación de los magistrados judiciales.

3.3. La resolución 157-APRA-2014 y el Certificado de Impacto Ambiental

i. Al quedar encorsetados todos los espacios no edificados por las construcciones del centro de compras, no parece satisfacerse la exigencia de uso y destino públicos establecidos en las leyes, como es señalado por el actor en su recurso.

Ello resultó posible por la forma en la que DGIUR y la APRA interpretaron el mencionado artículo n° 3.1.2 CPU para no aplicarlo en autos y, en consecuencia, liberar a AGSA de la obligación de ceder las superficies que corresponden a espacios parquizables para el uso público.

No obstante la claridad de las disposiciones del CPU y de la ley n° 4477, al proceder a otorgar la declaración de impacto ambiental para intentar regularizar la obra ya ejecutada, el presidente de la Agencia de Protección Ambiental expuso en los fundamentos de la resolución 157/2014 que “por Nota NO-2014-04259238- - DGIUR, la Dirección General de Interpretación Urbanística expone que (...) atento a que el uso del predio en cuestión fue concesionado por el Estado nacional (a través del Organismo nacional de Administración de Bienes -ONABE- y posteriormente a través de la Administración de Infraestructura Ferroviaria Sociedad del Estado -ADIF-) a Arcos del Gourmet SA, mediante el contrato de concesión de inmuebles N° ON 007567 y Contrato de readecuación de concesión de uso y explotación AF N° 000261, se concluye que la titularidad dominial del predio en donde se desarrollará el proyecto continúa en cabeza del Estado Nacional, por lo tanto **al no haber sido privatizado o desafectado del dominio o servicio público, no corresponde la aplicación de lo dispuesto en el art. 3.1.2. del CPU**”.

ii. Se trata de una interpretación infiel de la ley. En primer término porque fue, precisamente, la desafectación por medio del decreto n° 1732/2012 del Poder Ejecutivo nacional de los terrenos del uso ferroviario a que estaban destinados para destinarse al desarrollo de proyectos de urbanización, lo que hizo posible avanzar sobre la construcción del centro comercial. Así, afirmar que no se cumple con lo establecido por el CPU porque el terreno no se ha desafectado de su uso ferroviario falta a la verdad de los hechos.

Y en segundo lugar, porque si bien es cierto que el terreno permanece en el dominio del Estado nacional (por ello pudo conceder su uso y explotación a AGSA), no lo es menos que desafectados de la atención de un interés federal, la regulación local pudo imponer condiciones de utilización y así lo hizo.

Siendo un principio rector inveterado de derecho que nadie puede transmitir un mejor derecho del que tiene, en la medida en que AGSA no ha pasado a ser el

titular dominial pero es concesionario, podría otorgar, para el fin de uso público, el porcentaje antes indicado con la extensión y alcance que tiene su derecho.

Y resulta inadmisibles que la voluntad política y jurídica del Poder Legislativo se vea paralizada por la decisión de un funcionario que decide hacer caso omiso a dicho mandato legal.

3.4 Conclusión

En virtud de lo expuesto, considero que corresponde decretar la nulidad parcial de la resolución n° 157/APRA/2014 en tanto, sin brindar fundamentos mínimos que le den sustento, se concluyó en que no correspondía efectuar cesión alguna por el concesionario, más allá de que dicha cesión no podría estar referida al derecho de dominio, que se mantiene en cabeza del Estado Nacional.

No obstante, como aún quedan aspectos por resolver, corresponde devolver los autos a la Cámara para que, por intermedio de una sala conformada con jueces que no se hubieran pronunciado en esta causa, se dicte una nueva sentencia que —mediante una derivación razonada del derecho vigente— encuentre una solución que se haga cargo de las obligaciones que debió atender la empresa, sin que ello imponga la demolición de la obra, pero que en todo caso tenga en vista satisfacer un objetivo ambiental, en ese terreno o en otro que a tales fines se acuerde.

Quedará entonces al prudente arbitrio de los jueces de mérito, dentro de los lineamientos legales que se enuncian, arribar a la mejor solución que contemple no solo los intereses del concesionario sino también el derecho de todos al uso del espacio público, sin que ello implique que se genere un beneficio patrimonial y singular al accionante.

Por último, destaco que el modo en que se decide obedece a los aspectos de la decisión de los jueces de mérito que han llegado a conocimiento de este Estrado y, por tanto, no me corresponde a mí efectuar valoración alguna sobre la interpretación de las atribuciones de la Legislatura para modificar libremente en la segunda lectura el texto aprobado inicialmente.

4. La decisión

Por las razones expuestas en los puntos precedentes —y con el alcance limitado que asigno a mi voto, más allá de la mayor extensión que pueda contener la propuesta de mis colegas que transiten este camino— propongo al Acuerdo solamente:

- i) hacer lugar al recurso de queja planteado por FECOBA y por Vicente Lourenzo;
- ii) rechazar el recurso de inconstitucionalidad planteado por FECOBA, con costas por su orden;
- iii) hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad deducido por Vicente Lourenzo y revocar en lo pertinente el fallo de segunda instancia de fs.

1965/1974, y en su mérito declarar la nulidad parcial de la resolución n° 157/APRA/2014;

iv) devolver los autos a la Cámara para que, por intermedio de una sala conformada con jueces que no se hubieran pronunciado en esta causa, se dicte una nueva sentencia; y

v) costas por su orden en atención a las particularidades de la causa y a la existencia de vencimiento mutuos (art. 28, ley n°2.145 y art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

La juez Inés M. Weinberg dijo:

1. Coincido con el voto del Sr. Juez de trámite, Dr. José Osvaldo Casás, en que deberá hacerse lugar al recurso interpuesto por el Sr. Lourenzo toda vez que logra articular con su presentación un caso constitucional —fundado en la afectación del art. 14 de la CCABA— al denegarse su legitimación procesal para perseguir la tutela de derechos de incidencia colectiva que entiende afectados.

La Constitución local exige la calidad de habitante como requisito exclusivo de legitimidad para ejercer la referida acción de amparo “en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente” (conf. art. 14 CCABA). De ahí que, al decidir del modo como lo hiciera la Cámara —en su voto mayoritario—, llevaría a desconocer de forma arbitraria la calidad invocada por el actor en orden a la afectación de un perjuicio ambiental concreto.

Adhiero en este sentido a los argumentos expuestos por el Dr. José Osvaldo Casás en los puntos 2.1, 2.2 y 2.3 de su voto, a los que remito, referidos a la legitimación procesal de los coactores, haciéndose lugar a la legitimación del actor Lourenzo y rechazarla respecto de la Federación de Comercio e Industria de la Ciudad de Buenos Aires (FECOBA).

2. Ahora bien, respecto de los cuestionamientos referidos a la inconstitucionalidad de la ley 4477 —estando controvertido el cumplimiento del procedimiento establecido en la ley n° 123 de Impacto Ambiental—, la Cámara entendió que, en mérito a que la resolución 157/APRA/2014 otorgó la Declaración de Impacto Ambiental en los términos del art. 28 inc, c) de la ley 123 y su pertinente Certificado de Aptitud Ambiental, ello había tornado abstracto expedirse sobre dicho punto.

Sin perjuicio de lo reseñado, la alzada omitió verificar si el proyecto autorizado por la disposición 1015/GCABA/DGIUR/13 cumplía efectivamente con las exigencias contempladas por el art. 3.1.2 del Código de Planeamiento Urbano (C.P.U), que puntualmente establecía: “en el parcelamiento de tierras de propiedad del Estado Nacional sujetas a privatización o desafectadas del dominio o de un servicio público se

destinará como mínimo el 65% de la superficie total para uso y utilidad pública transfiriéndose su dominio a la Ciudad. Deberá afectarse especial y preferentemente dicha superficie a la generación de nuevos espacios verdes parquizados”, y cuya observancia, a mayor abundamiento, fuera prevista en el propio texto del art. 14 de la ley 4477.

En este sentido, considero acertadas las apreciaciones de la Dra. Mabel Daniele en su voto en disidencia, cuando consideró endeble los argumentos aportados por la resolución 157/APRA/2014 al advertir que “[e]n el acto apuntado, se consideró que lo establecido en el artículo 3.1.2 del CPU no sería aplicable, por cuanto los terrenos en cuestión se encuentran en cabeza del Estado Nacional y no se lo habría privatizado o desafectado del dominio o servicio público” (conf. fs. 1972 vuelta de autos principales).

Precisamente, la desafectación a la que alude el C.P.U., y que rechazó la administración, se ha configurado en el instante mismo en que el uso público al que estaban destinados los terrenos en cuestión —actividad ferroviaria— se los reorientó al emplazamiento de un centro de compras, cuya finalidad dista a las claras del “servicio público” reseñado. De este modo, el criterio expresado por la autoridad administrativa en la materia, y que fuera posteriormente sostenido por las instancias precedentes, resulta contrario al ordenamiento normativo que rige la materia, afectando ostensiblemente el principio de legalidad.

Así, contrariamente a lo resuelto por la resolución 157/APRA/2014 —y su pertinente Certificado de Impacto Ambiental— las exigencias de uso y destino público establecidos en la norma de planeamiento urbano no se encuentran satisfechas, exceptuándose de forma discrecional y sin sustento jurídico alguno el cumplimiento de transferencia a la Ciudad de un mínimo del 65% de la superficie total desafectada para uso y utilidad pública, con el propósito de destinarlo a la generación de nuevos espacios verdes parquizados, tal como así lo previera el legislador.

Deviene imperante destacar en este punto que, la circunstancia de que las obras se hubieran concluido —incluso de forma previa a la obtención del certificado de aptitud ambiental— hallándose el emprendimiento en funcionamiento, no resulta hábil para convalidar un accionar contrario a los citados preceptos normativos (art. 3.1.2. CPU y art. 14 ley 4477), dispensando a los destinatarios legales de sus respectivas obligaciones.

De este modo, en orden a la gravedad del desacierto en la que incurre la decisión de alzada —omitiendo dar tratamiento al agravio vinculado a la violación del C.P.U.—, la decisión deberá ser descalificada como acto jurisdiccional válido, declarándose en consecuencia, y por las razones reseñadas, la nulidad parcial de la resolución 157/APRA/2014.

3. Así, corresponderá devolver los presentes a la Cámara del fuero CAyT para que, por intermedio de jueces distintos a los que se pronunciaron, se dicte una nueva sentencia observando el cumplimiento de las obligaciones emanadas del art. 3.1.2. del C.P.U. Costas por su orden en virtud de las particularidades de la causa (art. 28 ley 2145 y art. 62 CCAyT).

Así lo voto.-

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Recurso de queja:

El recurso de queja de los actores fue interpuesto en tiempo y forma, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener, lo que autoriza el tratamiento de los agravios allí vertidos.

Recursos de inconstitucionalidad:

Anticipo mi opinión en cuanto a que debe hacerse lugar íntegramente al recurso de inconstitucionalidad deducido por el coactor Vicente Lourenzo y rechazar el que trajera la coactora FECOBA.

Asimismo dejo señalado que comparto en forma parcial los argumentos y la solución del voto del juez José Osvaldo Casás, con los alcances que preciso en lo que sigue.

A.- Legitimación de los actores

Coincido con el juez Casás por las razones que expone en el punto 2.1, apartados *ii* (párrafos primero y segundo) y *iii*; 2.2 (párrafos primero y segundo) y 2.3, apartado *i* (párrafos primero, segundo y tercero).

B.- Agravios del señor Lourenzo vinculados con la inconstitucionalidad de los artículos 3, 8 y 9 de la ley n° 4477:

Señala el actor que la Cámara omitió *“darle tratamiento a la acreditada inconstitucionalidad de los artículos 3°, 8° y 9° de la Ley 4.477 por resultar violatorios del procedimiento constitucional de formación y sanción de leyes, especialmente en lo previsto en los artículos 89 y 90 del texto constitucional con respecto al procedimiento de doble lectura obligatorio”* (fs. 1995 vuelta).

Entiendo que le asiste razón, como advirtiera con acierto la jueza Mabel Daniele.

En primer término, el procedimiento de doble lectura es un mecanismo de participación y control ciudadano de las decisiones parlamentarias en materias de alta trascendencia en el diseño de la comunidad porteña (las establecidas en el art. 89, CCABA). Tolerar que se vuelva sólo una fachada es desnaturalizar procedimientos propios de una democracia participativa (art. 1°, CCABA) lo que implica una actitud desleal de los poderes públicos hacia la ciudadanía.

El sector en el que se ha establecido el centro comercial (sito entre Paraguay, Santa Fe, Godoy Cruz y Juan B. Justo —mencionado como “Nuevo Palermo II”—) no formó parte de los terrenos rezonificados previstos en el texto de la ley aprobado

inicialmente —denominados “Nuevo Palermo I”—. Éste, y no aquél, fue el que se sometió a examen público de los vecinos en la audiencia pública; a observación y reclamos; y el que volvió a consideración de la Legislatura. La incorporación de la superficie correspondiente a “Nuevo Palermo II” en el trámite de la segunda lectura vulnera la finalidad de la disposición constitucional pues convierte en letra muerta el derecho de participación ciudadana establecido en el inciso 3° del art. 90 de la Constitución, ya que nada pudieron observar o reclamar los participantes a la audiencia a ese respecto.

En efecto, el procedimiento establecido exige que luego de la *“aprobación inicial por la Legislatura”* (art. 90, 2) se proceda a la *“3. Publicación y convocatoria a audiencia pública dentro del plazo de treinta días, para que los interesados presenten reclamos y observaciones. 4. Consideración de los reclamos y observaciones y resolución definitiva de la Legislatura”*.

No comparto la interpretación de las atribuciones de la Legislatura para modificar libremente en la segunda lectura el texto aprobado inicialmente (ver la posición de la Legislatura a fs. 1750/1751 vuelta). Si algún sentido tiene el mecanismo constitucional es obligar al órgano legislativo a debatir en una segunda ocasión lo aprobado en la primera, tomando en consideración las observaciones y reclamos ciudadanos formulados en la audiencia realizada entre una y otra sesión de debate legislativo. La segunda lectura no conlleva la autorización a formular modificaciones que no sean derivadas de reclamos y observaciones formuladas en la audiencia pública al proyecto aprobado inicialmente. Resulta, por ello, condición de validez de la resolución definitiva que lo que la Legislatura adopte en la segunda lectura no “adultere” lo tratado en la primera lectura, en la audiencia y en las observaciones y reclamos.

Sin entrar a juzgar la legitimidad política de la inclusión de la zona “Nuevo Palermo II”, sus razones de esa naturaleza, o, incluso, la conveniencia para los vecinos y el barrio o la Ciudad del proyecto comercial, la intención de ampliar las áreas a rezonificar no podía concretarse de esa forma.

La incorporación de esa parcela no fue consecuencia de un “reclamo” u “observación” formulado válidamente en la audiencia. La contestación de demanda por la Legislatura no ha individualizado persona alguna que hubiera formulado ese planteo, circunstancia que resultaba relevante acreditar ya que era parte de la objeción formulada por los actores al procedimiento llevado a cabo por el Poder Legislativo. Es más, el debate legislativo (segunda lectura, VT) demuestra que algunos legisladores (Campos, Lubertino) hacían expreso señalamiento de esas dos situaciones: a) que Nuevo Palermo II no estaba previsto en el proyecto aprobado en primera lectura, y b) que nadie en la audiencia pidió su incorporación. Y aunque otra legisladora respondió que el agregado fue motivo de una observación recibida en la audiencia, nadie ha dado cuenta de quién la efectuó, en qué términos la hizo, y dónde consta.

En suma, la incorporación en la segunda lectura de la parcela indicada en los artículos 8 y 9 de la ley nº 4477 vulneró lo dispuesto en los artículos 89 y 90 de la CCABA.

C.- Señalamientos del Señor Lourenzo en relación con el Código de Planeamiento Urbano

Por los motivos expresados en el punto 3.2, apartados *i*, *ii*, *iii* y *iv* (primer y segundo párrafo) del voto del Sr. juez de trámite —a los que adhiero—, corresponde hacer lugar al agravio del accionante. En efecto, la sentencia recurrida omitió expedirse sobre la inobservancia del artículo 3.1.2 del CPU, que establecía que debía disponerse “para uso y utilidad pública” el 65% de la superficie desafectada del uso ferroviario (con especial y preferente afectación a la generación de nuevos espacios verdes parquizados). Toda vez que esta cuestión tenía virtualidad para modificar el resultado del pleito, el decisorio atacado deviene arbitrario por haber omitido su tratamiento.

D.- La resolución n° 157-APRA-2014 y el Certificado de Impacto Ambiental:

Como lo indica mi colega José Osvaldo Casás, en el punto 3.3, apartados *i* y *ii* (párrafos primero, segundo y cuarto), con los que coincido, mediante resolución n° 157-APRA-2014 se liberó indebidamente a AGSA de la obligación de ceder las superficies previstas en el artículo 3.1.2 del CPU a espacios parquizables para el uso público.

E.- Por último, quiero recordar lo que fuera señalado tanto en primera como en segunda instancia. Transcribo los párrafos pertinentes:

“Hay, finalmente, un dato que no puede ser ignorado, y es que —según lo comunicó el concesionario en su primera presentación en esta causa y lo corrobora el reconocimiento judicial practicado en su momento (...)— las obras se hallan totalmente concluidas” (fs. 1889, del fallo de primera instancia fechado el 29 de agosto de 2014).

“A fin de cuentas, resulta certero el agravio de la parte actora en punto a que el proceder de Arcos del Gourmet SA, e inclusive del GCBA, implicó avanzar sobre la legalidad constitucional, alterando, por ende, el régimen jurídico, pretendiendo que los ‘hechos consumados’ validen su proceder” (fs. 1971, del voto de la jueza Mabel Daniele, fallo de segunda instancia del 2 de diciembre de 2014).

En efecto, la ley n° 4477 rezonificó el espacio calificado como UF (urbanización futura) sin participación ciudadana impidiendo, en consecuencia todo debate en materia de cuestiones ambientales, culturales, económicas, sociales, etc., que los legisladores pudieron tener en cuenta.

La Legislatura y dos funcionarios de la Ciudad, uno de la Dirección General de Interpretación Urbanística y el otro de la Agencia de Protección Ambiental, en violación de la CCBA y de leyes locales, permitieron que la obra fuera concluida y habilitada al uso sin contar con el certificado de impacto ambiental que evaluara si se cumplía con lo dispuesto en el art. 3.1.2 del CPU y en el art. 14 de la ley n° 4477 respecto de la superficie que debía destinarse al uso público y en cuanto al acceso irrestricto de espacios verdes parquizados.

Sin embargo, esa omisión no vuelve abstracto el proceso. Este juicio prueba que existe un centro de compras explotado por Altos del Gourmet S.A. que está funcionando sin habilitación regularmente concedida, y que por tanto el Gobierno

debe atenerse a lo ordenado en las normas citadas (art. 3.1.2. CPU y art. 14, ley n° 4477), respecto de los espacios que deben cederse a la Ciudad para su preferente parquización y liberación al uso público.

En este marco fáctico y normativo la pretensión declarativa del señor Vicente Lourenzo es procedente con el alcance fijado por la jueza Mabel Daniele en su voto.

F. Ahora bien, mis colegas José Osvaldo Casás e Inés M. Weinberg propician que las actuaciones sean devueltas a la Cámara para que por intermedio de jueces distintos de los ya intervinientes se dicte una nueva sentencia con arreglo a lo aquí decidido. Como tal criterio no contraría lo expuesto en este voto, acompañaré esa solución.

En conclusión, corresponde i) hacer lugar al recurso de queja planteado por FECOBA y por Vicente Lourenzo; ii) rechazar el recurso de inconstitucionalidad planteado por FECOBA, con costas por su orden; iii) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por Vicente Lourenzo y revocar el fallo de segunda instancia de fs. 1965/1974, hacer lugar al recurso de apelación del actor y en su mérito declarar la nulidad absoluta e insanable de: a) los artículos 3°, 8° y 9° de la ley n° 4477 en cuanto rezonificaron el predio sito en la ex Playa de maniobras del Ferrocarril General San Martín, delimitado por la calle Godoy Cruz, avenida Paraguay, avenida Juan B. Justo y avenida Santa Fe; b) la Disposición n° 1015/DGIUR/13, c) la Resolución n° 157/APRA/2014 y del certificado de aptitud ambiental expedido bajo el n° 18784; d) devolver el expediente a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos de los ya intervinientes, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido. Las costas se imponen en el orden causado, en atención a las particularidades de esta causa.

Así voto.

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. Corresponde rechazar la presente queja porque la parte actora no ha planteado una cuestión constitucional o federal que corresponda a este Tribunal resolver.

2. FE.CO.BA. y el Sr. Vicente Lourenzo se vienen agraviando de que no se los hubiera tenido por parte legitimada para instar la presente demanda, cuyo objeto, no se debate, consiste en que se declarase la nulidad de las disposiciones del Director General de Interpretación Urbanística nros. 178/06 y 1015/13 y la inconstitucionalidad de los arts. 3, 8 y 9 de la ley 4477.

La primera disposición mencionada dice “[c]onsidérase aplicable para la ejecución de las obras a llevarse a cabo en el sector de predio aledaño a la zona de vías del ferrocarril General San Martín, Avda. J.B. Justo 602 al 896; calles Paraguay S/Nº y Godoy Cruz 2402 al 2696, Nomenclatura Catastral: Circunscripción 18; Sección 19; Manzana 161; en un sector de la Parcela 1d; las normas previstas por el Art. 5.4.9. Distrito UF, punto 3 incisos b) y c), si y solo si se da cumplimiento a los siguientes lineamientos urbanísticos: [Luego, y en lo que aquí importa, la Disposición ordena en 7 puntos diversos lineamientos urbanísticos]”. La Disposición nº 1015/13 considera “...factible desde el punto de vista urbanístico la localización del rubro ‘Centro de Compras con actividades comerciales gastronómicas, recreativas, culturales, cinematográficos, teatro, arte, espectáculos, exposiciones permanentes y temporarias, estacionamiento y garaje comercial, con un sector destinado a paseo peatonal privado de uso público’, para el predio sito en la ex Playa de maniobras del Ferrocarril Gral. San Martín adjudicado en Licitación Pública Nº 664/2002 a ‘Arcos del Gourmet S.A.’, con una superficie aproximada de parcela de 35.876,03 (Treinta y cinco mil ochocientos setenta y seis metros cuadrados con tres décímetros cuadrados), una superficie computable a FOT de 24.211,92m² (Veinticuatro mil doscientos once metros cuadrados con noventa y dos décímetros cuadrados), debiendo cumplir con toda la normativa vigente que resulte de aplicación para el presente caso”. Finalmente, los artículos de la ley 4477 cuya declaración de inconstitucionalidad pretende la parte actora: (a) desafectan de la zonificación Urbanización Futura un predio comprensivo del reseñado *supra* (cf. el art. 3 de la ley); (b) desafecta “...de sus respectivos distritos de zonificación las áreas desafectadas al uso ferroviario, propiedad del Estado Nacional, comprendidas en el polígono: Av. Juan B. Justo, Santa Fe, Godoy Cruz y Paraguay” (cf. el art. 8); y (c) afecta “...al Distrito E3 –Equipamiento Local, según lo prescripto por el parágrafo 5.4.3.3 del Código de Planeamiento Urbano, a las áreas identificadas en el Artículo 8º de la presente, desarrollo denominado Nuevo Palermo II, conforme a las normas urbanísticas detalladas en el Anexo IV” (cf. el art. 9).

Según el relato de la Cámara, ratificado por la parte actora en el recurso a estudio, las dos personas accionantes fundaron su legitimación en el derecho a un ambiente sano, y FE.CO.BA. también en la defensa de la competencia; ambos derechos reconocidos, en la visión de los accionantes, como colectivos por el art. 14 de la CCBA.

3. El juez de primera instancia entendió que el derecho a la defensa de la competencia legitimaba a FE.CO.BA a instar la acción; y rechazó la legitimación ambiental invocada tanto por FE.CO.BA como por el Sr. Lourenzo. Resuelto ello arribó a la decisión descrita en el punto 5 de las “resulta”.

4. La Cámara entendió que no estaban legitimadas ni FE.CO.BA. ni el Sr. Lourenzo para instar la presente demanda (cf. el punto 7 de las “resulta”), sin perjuicio de lo cual se pronunció respecto de los agravios que la parte actora había formulado contra las razones dadas por el juez de primera instancia para rechazar la impugnación de las mencionadas Disposiciones y entender abstracta la tacha de inconstitucionalidad de la ley 4477. Agregó que las objeciones acerca del cumplimiento de la ley 123 habían perdido actualidad frente a la Resolución Nº 157/2014 de la Agencia de Protección

Ambiental, mediante la cual se había emitido la Declaración de Impacto Ambiental “...y el pertinente certificado, indicando a su vez las medidas a implementar para mitigar los efectos ambientales” (cf. fs. 1967). Estimó correcta la decisión del juez de primera instancia de no tratar la tacha de inconstitucionalidad de la ley 4477 por resultar ajena al debate. El juez de mérito, según el relato de la Cámara, había sostenido que esa ley no había modificado los requisitos a cuyo cumplimiento se supeditaba la obtención de un acto que declarara factible una obra de las características de las que la actora cuestiona. Finalmente, el *a quo* no trató, por entender defectuosamente formulados, los agravios acerca del cumplimiento de lo previsto en el art. 3.1.2 del CPU. En palabras de la Cámara, “...la cuestión introducida, relativa a los alcances de lo establecido en el artículo 3.1.2 del CPU excede el ámbito del debate propuesto, en la medida en que su consideración, dada la complejidad del asunto y los eventuales alcances de su análisis, no concuerda con el ámbito de debate y el modo en que se sustanció el pleito” (cf. fs. 1967).

5. Los recurrentes sostienen que el art. 14 de la CCBA los legitimaba para instar la demanda porque reconoce como derechos colectivos tanto el derecho a un ambiente sano y como el de defender la competencia. En el texto del artículo 14 buscan apoyo a su legitimación.

Luego de ello tachan de inconstitucional la ley 4477 porque, a su entender, su sanción estaba subordinada por la CCBA al requisito de doble lectura que no cumplió, mientras cuestionan la Res. 157/2014 (certificado de aptitud ambiental, cf. fs. 1764) por no haberse dado, siempre en su visión, cumplimiento a lo previsto en el art. 3.1.2 del CPU.

6. En la medida en que los actores no rebaten la afirmación de los jueces de mérito según la cual era abstracto el planteo de invalidez de los artículos 3, 8 y 9 de la ley 4477 y ajeno a la litis el cuestionamiento a la Res. 157/2014, también lo es el de la legitimación de los accionantes para formular esas tachas.

6.1. Si bien ello basta para rechazar la queja a estudio, estimo pertinente realizar tres consideraciones más.

A) Que una acción sea ambiental o de defensa de la competencia depende de la índole de la pretensión y de las normas en que ella encuentra apoyo.

B) Los recurrentes no muestran que la tacha de inconstitucionalidad esté apoyada en normas protectorias del ambiente o de la competencia; menos aún apuntan a evitar, o hacer cesar, un acto susceptible de dañar a alguno de esos derechos.

La reseñada pretensión derogatoria obra en defensa de lo que estima la legalidad, no del ambiente. Los actores buscan que sea eliminada del ordenamiento jurídico una norma cuya sanción, sostienen, no cumplió con los procedimientos

previstos en la CCBA. Esa pretensión, por un lado, resulta típica de las que pueden ser formuladas en una ADI y, por el otro, ni ella, ni el fundamento en el que se apoya, tiene contenido ambiental o de defensa de la competencia.

C) El argumento según el cual la Res. 157/2014 resultaría violatoria del art. 3.1.2 del CPU, cuya aplicación imponía en la interpretación de la parte actora el art. 14 de la ley 4477, no se hace cargo de las razones dadas por la Administración al otorgar la “Declaración de Impacto Ambiental”. Allí la Administración sostuvo que no correspondía aplicar el art. 3.1.2 porque el proyecto presentado por “Arcos Del Gourmet SA” aprovechaba instalaciones y superficies preexistentes. Expresamente en los considerados de la resolución de la Agencia de Protección Ambiental se dice: “Que por Nota NO-2014-04259238- -DGIUR, la Dirección General de Interpretación Urbanística expone que ‘*Por NOTA NO-2014-03132097- DGET, recibida el miércoles 5 de marzo de 2014, se solicita a esta Dirección se expida si el emprendimiento DISTRITO ARCOS cumple con el Artículo 3.1.2 de la ley N°449 del Código de Planeamiento Urbano que narra lo siguiente: ‘en el parcelamiento de tierras del Estado nacional sujetas a privatización o desafectadas del dominio o de un servicio público se destinará como mínimo el 65 % de la superficie total para uso y utilidad pública transfiriéndose su dominio a la Ciudad. Deberá afectarse especialmente y preferentemente dicha superficie a la generación de nuevos espacios verdes parquizados’. Se hace saber que atento a que el uso del predio en cuestión fue concesionado por el Estado Nacional (a través del Organismo Nacional de Administraciones de Bienes -ONABE- y posteriormente a través de la Administración de Infraestructura Ferroviaria Sociedad del Estado -ADIF-) a Arcos del Gourmet SA, mediante el Contrato de concesión de inmuebles N° ON 007567 y Contrato de readecuación de concesión de uso y explotación AF N° 000261, se concluye que la titularidad dominial del predio en donde se desarrollará el proyecto continúa en cabeza del Estado Nacional, por lo tanto, al no haber sido privatizado o desafectado del dominio o servicio público, no corresponde la aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.1.2 del CPU. Sin perjuicio de lo expuesto, y teniendo en cuenta los antecedentes (Informe N° 3228-SIU/DGPINT-2004; Informe N° 467-CPUAM-2004; Disposición N° 178/DGIUR/2006; Dictamen N° 3666/DGIUR/2009; Disposición N° 554/DGIUR/11), se entiende que el proyecto autorizado por Disposición 1015/DGIUR/13 no difiere en cuanto a la superficie construida por encima de la cota +/- 0.00 de la parcela de lo analizado anteriormente. Al respecto cabe mencionar que la superficie aproximada de parcela es de 35.876.03 m², mientras que la superficie total construida es de 24.211,92 m², incorporándose actualmente una superficie de estacionamiento de 15.000 m², por debajo de la cota +/- 0.00 de la parcela...’” (cf. fs. 1768vuelta, la cursiva corresponde al original, el subrayado no). En el considerando que sigue a continuación del transcripto el Presidente de la Agencia de Protección Ambiental dice: “Que la presente propuesta se desarrolla utilizando las instalaciones y superficies oportunamente registradas sin aumento de superficie. En ese sentido cabe aclarar que el proyecto presentado y autorizado no difiere en cuanto a la superficie construida por encima de la cota +/- de la parcela de lo analizado oportunamente, incorporándose actualmente una superficie de estacionamiento de aproximadamente 15.000 m², por debajo de la cota +/- 0.00 de la parcela” (cf. fs. 1768vuelta, el subrayado no corresponde al original).*

Cualquiera sea su acierto, esa consideración no viene cuestionada por la parte recurrente y tampoco muestra que la cuestión haya sido considerada por los jueces de mérito o que hayan debido hacerlo.

Por ello, voto por rechazar la queja a estudio.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La presente queja ha sido interpuesta en legal tiempo y forma (art. 33 de la ley 402), pero debe ser rechazada pues el recurso de inconstitucionalidad que ella defiende no cumple los requisitos de admisibilidad formal exigibles por la normativa procesal aplicable.

2. Los agravios desarrollados por los actores en su recurso de inconstitucionalidad (fs. 1976/2002) pueden agruparse en tres clases:

a) los que cuestionan la omisión en tratar el planteo de inconstitucionalidad de la ley nº 4477, por resultar violatoria del procedimiento constitucional de formación y sanción de leyes;

b) los que predicen la nulidad de la resolución nº 157/2014 dictada por la Agencia de Protección Ambiental —que le otorgó al emprendimiento de autos el certificado de aptitud ambiental—, principalmente por ignorar lo establecido en el art. 3.1.2 del CPU en cuanto a la obligación de generar nuevos espacios verdes parquizados, y que concluyen que ese acto administrativo no puede considerarse como la debida culminación del procedimiento previo de evaluación de impacto ambiental y audiencia pública previsto para los emprendimientos de relevante efecto ambiental;

c) los dirigidos a defender la legitimación de los coactores Lourenzo y FECOBA para iniciar la acción de autos.

3. En cuanto al planteo de inconstitucionalidad de la ley nº 4477 fundado en los vicios del trámite parlamentario, el Sr. Juez de primera instancia consideró que *“deviene de conocimiento abstracto”* pues *“aun admitiendo por hipótesis la existencia de tales vicios, el emplazamiento del centro comercial —que es, al fin de cuentas, el cuestionamiento mediato de la parte actora— de todos modos conservaría respaldo en las disposiciones legales (CPU) previas a la sanción de esa ley”*, motivo por el cual *“no corresponde ingresar en el examen de los argumentos desarrollados en sustento de la inconstitucionalidad pretendida”* (fs. 1884). En ese sentido, en el apartado XIII de su sentencia analizó las disposiciones pertinentes del CPU y concluyó que *“el uso ‘centro de compras’ resultaba compatible con la nomenclatura de Distrito UF asignada anteriormente a estos terrenos, atento los caracteres propios del distrito, su emplazamiento específico —arcos bajo viaducto, zona de vías y demás predios*

desafectados de la actividad ferroviaria— y los usos admitidos en general en los distritos adyacentes; y, en particular, en el distrito E3, que en ese lugar tiene su frente sobre la Av. Juan B. Justo” (fs. 1883).

En su apelación contra dicha sentencia, la parte actora cuestionó la declaración de abstracto del planteo de nulidad de la ley 4477, pero no expresó críticas contra los argumentos desarrollados por el juez de primera instancia para arribar a esa conclusión, tan solo se limitó a manifestar que se debieron haber tenido en cuenta las normas ambientales aplicables, específicamente la ley 123, y que no podía darse por cumplida la norma urbanística sin cotejarse que también se encuentre cumplida la normativa ambiental que la complementa (tercer agravio, fs. 1906 vta./1908).

Es decir, hay que diferenciar dos planteos:

a) el cuestionamiento que realiza el recurrente en su recurso de inconstitucionalidad contra la omisión de tratar la nulidad de la ley 4477 por vicios en el trámite parlamentario, no puede ser tratado en esta oportunidad ya que no colocó a la Cámara en la obligación de analizarlo, habida cuenta que en su apelación contra la sentencia de primera instancia no expresó ninguna crítica concreta contra el análisis allí realizado de las disposiciones del CPU existentes previamente a la sanción de esa ley, y que llevó al magistrado a concluir que la zonificación preexistente avalaba el proyecto, por lo que su tratamiento devenía “abstracto”;

b) el planteo de violación de la ley 123 sí fue analizado por la Cámara, que sostuvo que resultaba abstracto expedirse sobre ese punto pues posteriormente a la iniciación de la demanda se habría cumplido la totalidad del procedimiento de impacto ambiental, que culminó con el dictado de la resolución nº 157/APRA/2014 que otorgó la Declaración de Impacto Ambiental y el correspondiente Certificado de Aptitud Ambiental (fs. 1967).

En conclusión, considero que el agravio debe ser desestimado, ya que el recurrente no demuestra la existencia de un caso constitucional por afectación del derecho de defensa, pues la omisión que le imputa a la Cámara no obedece a un incumplimiento de los deberes de los magistrados sino a la propia conducta procesal del recurrente, quien al no criticar debidamente los fundamentos del fallo de primera instancia no colocó al tribunal de apelaciones en la obligación de tratar el planteo de inconstitucionalidad de la ley 4477.

4. El planteo de nulidad de la resolución nº 157/APRA/2014 tampoco puede ser analizado en esta oportunidad, ya que el recurrente no rebatió los fundamentos en que se basó la Cámara para considerarlo ajeno al objeto del presente proceso.

Los actores sostuvieron en su demanda de amparo (fs. 1/39) que la aprobación del emprendimiento de autos habría incumplido con el procedimiento establecido en la ley 123 —estudio de impacto ambiental—. Posteriormente a la contestación de demanda de los accionados (fs. 916/927, 1630/1658 y 1732/1762), Arcos del Gourmet S.A. acompañó copia de la resolución nº 157/APRA/2014, que en forma sobreviniente otorgó la Declaración de Impacto Ambiental y el Certificado de Impacto Ambiental con Relevante Efecto (fs. 1764/1773).

Al contestar el traslado de esa presentación, los actores incorporaron un nuevo cuestionamiento: que el proyecto autorizado incumplía el art. 3.1.2 del CPU en cuanto a la obligación de crear nuevos espacios verdes (fs. 1792/1802). Y luego manifestaron que el 30/04/2014 interpusieron recurso de reconsideración con alzada en subsidio para impugnar la resolución nº 157/APRA/2014 (fs. 1820 y vta.).

Como hemos visto, la Cámara tuvo en cuenta la resolución nº 157/APRA/2014 para concluir que, al cumplirse el procedimiento establecido en la ley 123, resultaba abstracto expedirse sobre ese planteo de la parte actora. Y agregó que *“la cuestión introducida, relativa a los alcances de lo establecido en el artículo 3.1.2 del CPU excede el ámbito del debate propuesto, en la medida en que su consideración, dada la complejidad del asunto y los eventuales alcances de su análisis, no concuerda con el ámbito de debate y el modo en que se sustanció el pleito”* (fs. 1967).

En una primera aproximación, podemos afirmar que el recurso de inconstitucionalidad en cuanto se dirige contra esa decisión, resulta inadmisibles pues no ataca un pronunciamiento de carácter definitivo, ya que la Cámara no resolvió el planteo de nulidad de la resolución nº 157/APRA/2014, sino que dispuso que se trate en otro ámbito.

Y por otra parte, existen dos hechos que avalan el criterio escogido por la Cámara:

a) el cuestionamiento a la resolución nº 157/APRA/2014 implica modificar trascendentalmente el objeto del proceso *en forma posterior a la traba de la litis*, que pasó de basarse en cuestionamientos procedimentales a enfocarse en defectos sustanciales del acto administrativo que culminó el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Aceptarlo implicaría no solo violar el principio de congruencia, sino afectar el derecho de defensa de los demandados, quienes no contaron con la posibilidad de expresar con amplitud sus defensas y ofrecer prueba sobre el debate que pretende introducir la actora;

b) la propia actora afirmó haber interpuesto recursos administrativos contra la resolución nº 157/APRA/2014, que —de no ser acogidos favorablemente— podrían derivar en la iniciación de una acción judicial. Por lo tanto, y atento las falencias puestas de resalto precedentemente, la presente vía amparística no resultaría la vía más idónea para tratar el planteo de nulidad del acto administrativo, e implicaría interponer una misma pretensión por dos vías paralelas y simultáneas, lo que resulta inaceptable.

5. Los cuestionamientos a lo resuelto por la Cámara sobre la legitimación del Sr. Lourenzo y de FECOBA para deducir la acción de autos, más allá del acierto o error de lo decidido por el *a quo*, resultan inidóneos para revocar la sentencia atacada, pues aun cuando se acogieran algunos de los argumentos desarrollados por los recurrentes, la solución de la causa (rechazo de la demanda) no se vería modificada.

En otras palabras, de nada sirve pronunciarse sobre la legitimación de los actores si los cuestionamientos de fondo por ellos introducidos resultan inviables, lo que se desprende de las consideraciones expuestas en los apartados anteriores.

Por estos motivos, resulta inoficioso pronunciarse sobre los agravios relativos a la legitimación de los actores.

6. En definitiva, el recurso de inconstitucionalidad contiene una serie de planteos que resultan inidóneos para rebatir lo resuelto por el *a quo*, y manifiesta una mera discrepancia con la forma en que la Cámara delimitó el objeto del presente proceso, analizó los hechos de la causa y se pronunció sobre la actualidad de las pretensiones deducidas por los actores, cuestiones propias de los jueces de mérito y ajenas al ámbito cognoscitivo de la presente vía recursiva.

Por estos motivos, voto por rechazar la queja.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

resuelve:

1. Admitir la queja interpuesta por Vicente Lourenzo y la Federación de Comercio e Industria de la Ciudad de Buenos Aires.

2. Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Federación de Comercio e Industria de la Ciudad de Buenos Aires, con costas por su orden.

3. Hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Vicente Lourenzo, con costas por su orden.

4. Revocar parcialmente la sentencia de fs. 1965/1973 vuelta de los autos principales, **declarar** la nulidad parcial de la resolución n° 157/APRA/2014 y **reenviar** las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que, por intermedio de jueces distintos a los que ya intervinieron en autos, se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo con lo aquí decidido.

5. Mandar que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.