

Expte. n° 4761/06, “**III República de la Boca c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido**”, sentencia de fecha 21/11/2006.

Voces: Recurso de inconstitucionalidad. Admisibilidad. Utilización de la acción de amparo en reemplazo de un proceso ordinario de conocimiento. Caso constitucional. Invocación genérica de garantías constitucionales. Construcción de viviendas en espacios verdes. Suspensión de la licitación. Derecho a gozar de un ambiente sano. Obligatoriedad de la evaluación de impacto ambiental. “Relevante efecto”. Proyecto constructivo sujeto a categorización. Audiencia pública. Nulidad del acto administrativo. Ejercicio de facultades administrativas por parte del Poder Judicial. Sentencia descalificada como acto judicial válido. Autolimitación de los jueces. Principio de división de poderes.

Expte. n° 4761/06 “III República de la Boca c/GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”

Buenos Aires, 21 de noviembre de 2006

Vistos: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. La entidad III República de la Boca junto a un grupo de particulares, interpuso acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de cuestionar “las disposiciones manifiestamente inconstitucionales, ilegales y arbitrarias que disponen la construcción de viviendas en espacios verdes irremplazales y cuya construcción surge de las licitaciones públicas individualizadas en el presente (Licitación Pública N° 64/04, 65/04 y 72/04)” (fs. 1).

Alegan que las licitaciones cuestionadas son inconstitucionales porque “(i) cercenan el derecho a gozar de un medio ambiente sano (Art. 26 C.C.B.A.) (ii) constituyen una actividad que en forma inminente implica un daño irreversible al ambiente (Art. 26 C.C.B.A.) (iii) lesionan la preservación de los procesos ecológicos esenciales y de los recursos naturales del dominio de la Ciudad (Art. 27, inc. 1. C.C.B.A.), (iv) impide la protección y el incremento de los espacios públicos de acceso libre y gratuito (Art. 27, inc. 3

C.C.B.A., (V) lacera la promoción de la preservación y el incremento de los espacios verdes, las áreas forestadas y parqueadas, parques naturales y zonas de reserva ecológica (Art. 27, inc. 4 C.C.B.A.) y (vi) viola en flagrante forma la obligatoriedad de la evaluación previa del impacto ambiental por el relevante efecto de la obra en consideración y su discusión en audiencia pública ante proyectos de normas de edificación, planeamiento urbano o ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos (Arts. 30 y 63 C.C.B.A., Arts. 5, 8 y 9 de la ley 123 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Art. 10 de su Dto. Reglamentario N° 1252/99)” (fs. 2/3).

2. A fs. 571 el Gobierno de la Ciudad produce el informe requerido por el art. 8 de la ley n° 16.986 en el que afirma que “no corresponde la realización del procedimiento completo de evaluación de impacto ambiental y de la audiencia pública requerida por los amparistas”.

3. La demanda fue acogida favorablemente por el magistrado de primera instancia, quien ordenó al Gobierno “que con carácter previo a la realización de las obras a las que se refieren las Licitaciones Públicas Nros. 64/04, 66/04, 72/04 sobre el predio denominado ‘Casa Amarilla’ disponga la realización del procedimiento técnico administrativo de impacto ambiental en su integridad y la celebración de una audiencia pública”; y declaró “la inconstitucionalidad de oficio del artículo 7° del Anexo VI del Decreto N° 1352-GCBA-2002, en tanto establece en el cuadro de usos N° 5.2.1.a) del Código de Planeamiento Urbano que la construcción de viviendas colectivas (uso residencial) deben ser categorizadas como de impacto ambiental sin relevante efecto” (fs. 621).

4. La sentencia fue apelada por el Gobierno de la Ciudad a fs. 626. Respecto de la declaración de inconstitucionalidad la Procuración General expresó que el fallo “solo efectúa un análisis superficial de la normativa en juego” (fs. 626 vuelta). Con relación a la realización del procedimiento completo de valuación de impacto ambiental, señaló que el Sr. juez se arrogó “facultades que le competen a la autoridad de aplicación de la ley 123” vulnerando la división de poderes (fs. 627 vuelta).

5. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó, por mayoría, la sentencia de primera instancia (fs. 668/680).

6. La Procuración General dedujo recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de cámara (fs. 692/702) porque: 1) “se ha discutido a lo largo de todo el proceso la relación entre el derecho al ambiente y el derecho a la vivienda, lo cual implica que se encuentra en juego la interpretación y aplicación de los artículos 26 y 31 de la Constitución de la Ciudad” y; 2) por entender que la sentencia reviste gravedad institucional (fs. 693).

Señala además que “buena parte de las cuestiones debatidas en la causa se han tornado abstractas. Y que carece de sustento la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la opinión mayoritaria de la Sala II” (fs. 695). Para fundar su afirmación señala que con posterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia “intervino la autoridad administrativa, y en virtud de lo establecido en la Resolución N° 104-SSMAMB-2005 se realizaron los trámites previstos en el inciso c) del artículo 6 de la Resolución N° 873: el titular del emprendimiento presentó estudio de impacto ambiental, se solicitaron aclaraciones, se dio intervención a todos los organismos involucrados, se produjo el informe técnico pertinente, y se dictó una disposición de fecha 28 de diciembre de 2005 por la cual se categoriza el emprendimiento como ‘sin relevante efecto ambiental’ (Disposición N° 1430-DGPyEA-2005)” (fs. 696).

7. A fs. 721, la Sala II resolvió declarar parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad en relación con la invocación de los arts. 26 y 31 de la CCBA, y rechazar el agravio referido a la alegada gravedad institucional.

8. El Fiscal General Adjunto dictaminó que el recurso de inconstitucionalidad fue mal concedido por entender que las normas constitucionales invocadas (arts. 26 y 31 de la CCBA) no guardan una relación directa e inmediata con las cuestiones debatidas en la causa.

Fundamentos

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad, ha sido interpuesto en tiempo y forma, ante el tribunal superior de la causa contra una sentencia definitiva y quien recurre goza de legitimación y capacidad procesal.

Sin embargo el recurrente no presenta ningún caso constitucional ni la pieza de fs. 692/702 puede ser vista como una crítica concreta y razonada de los aspectos del fallo que a juicio del Gobierno lesionarían algún derecho o garantía constitucional o implicarían la interpretación contraria a normas de la CCBA.

En rigor, el recurrente denuncia un posible conflicto entre la decisión atacada y ciertos derechos constitucionales pero omite toda explicación acerca de cómo y por qué esas normas han sido violadas o, en qué fundamentos hermenéuticos de raigambre constitucional él se apoya para discutir la decisión objetada.

El Tribunal ya ha señalado, en reiteradas oportunidades que la referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales, si no

se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. “Carrefour Argentina S.A. s/ recurso de queja”, expte. n° 131/99, resolución del 23 de febrero de 2000, en Constitución y Justicia, op. cit, t. II, ps. 20 y siguientes).

Voto, en consecuencia, por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido interpuesto en tiempo y forma (art. 28 ley n° 402) por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2. El GCBA se agravia de que “...la jurisdicción asumió atribuciones de la autoridad administrativa competente en materia ambiental...” (fs. 693). Por otro lado, manifiesta que “...buena parte de las cuestiones debatidas en la causa se han tornado abstractas. Y que carece de sustento la declaración de inconstitucionalidad efectuada...” (fs. 695). Recalca la recurrente que se encuentran en juego “...políticas públicas que se instrumentan teniendo en cuenta valores y necesidades que deben ser atendidas con semejante y equilibrada consideración. En el caso, la preservación del medio ambiente, por una parte; y por otra, la atención prioritaria del déficit habitacional en la Ciudad de Buenos Aires, que se plantea un problema de características sociales de enorme crucialidad” (fs. 695 vuelta), “...lo cual implica que se encuentra en juego la interpretación de los artículos 26 y 31 de la Constitución de la Ciudad” (fs. 693).

A fs.721/722, la Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad con base en que fue interpuesto en tiempo y forma adecuados, contra una sentencia definitiva y que plantea cuestiones constitucionales que tienen directa implicancia en la resolución de la causa. En cambio, lo deniega en lo relativo a la gravedad institucional.

3. La Cámara *a quo* (fs. 668/680), por mayoría, confirmó la sentencia de primera instancia, que, en su parte pertinente, falló: “1) Haciendo lugar a la acción de amparo [...] ordenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que con carácter previo a la realización de las obras a las que se refieren las Licitaciones Públicas Nros. 64/04, 66/04, 72/04 sobre el predio denominado ‘Casa Amarilla’ disponga la realización del procedimiento técnico administrativo de impacto ambiental en su integridad y la celebración de una audiencia pública. // 2) Declarando la inconstitucionalidad de oficio del artículo 7° del Anexo VI del decreto N° 1352-GCBA-2002, en tanto establece en el cuadro de usos N° 5.2.1.a) del Código de Planeamiento

Urbano que la construcción de viviendas colectivas (uso residencial) deben ser categorizadas como de impacto ambiental sin relevante efecto” (fs. 621) .

4. La asociación III República de la Boca y las personas que figuran en las planillas adjuntadas en el escrito de inicio demandaron al GCBA que “...se disponga la suspensión de la licitación pública...” (fs. 10 vuelta) en la que se concursaba la construcción de las obras en cuestión en el predio denominado “Casa Amarilla”. Según relata la sentencia de primera instancia, entre los argumentos que abonan la suspensión de la licitación los actores sostienen que las obras cercenarían su derecho a gozar de un ambiente sano provocando un daño irreparable (art. 26 CCBA y 43 CN); provocarían un daño a procesos ecológicos (art. 27, inc. 1 CCBA); afectarían su derecho a espacios públicos verdes de acceso gratuito (art. 27, inc.3 CCBA); no se condicen con el mandato constitucional de promoción e incremento de espacios verdes (art. 27, inc. 4 CCBA); y que la construcción de la obra en estas condiciones, vulneraría palmariamente la obligación de realizar evaluación de impacto ambiental y audiencia pública en forma previa a la realización de las obras (arts. 30 y 63 CCBA, arts. 5, 8 y 9, ley n° 123 y art. 10, decreto n° 1252/99). Luego, como se relata en la sentencia de primera instancia (fs. 613), adhirieron a la pretensión otras entidades; a saber: el Club Social y Deportivo Bohemios, la Asociación Mutual de Desalojados de la Boca-Barracas y San Telmo, el Primer Centro de Cultura para Jubilados, Pensionados y Adultos Mayores Ave Fénix y el “grupo vecinal” Vecinos por los Terrenos de Casa Amarilla. En una etapa posterior, se sumaron al proceso, con idénticas intenciones: la Asociación Ligure de Socorros Mutuos, la Asociación Mutual Yugoslava Nas Dom, el Gurpon Roma, La Peña de Amigos del Bar Roma, el Ateneo Popular de La Boca, la Filial Boca de la Liga Naval Argentina, la Universidad Popular de La Boca, entre otras. Estos últimos sólo fueron tenidos por adherentes (fs 559 y cfr. sentencia de primera instancia); y ninguno de quienes acudieron al proceso después que éste fue iniciado invocó un interés distinto al de los actores primitivos.

La sentencia de primera instancia —confirmada por la Cámara— otorgó legitimación a los accionantes con fundamento en el art. 14 CCBA y los arts. 42 y 43 CN, en cuanto reglamentan la acción de amparo, en especial, en el artículo de la CCBA citado en cuanto otorga legitimación para interponer acción de amparo a “...cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derecho o intereses colectivos, como la protección del ambiente...”. Además, afirma que “[e]llo es consistente con lo dispuesto por el artículo 30 último párrafo de la Ley N° 24.675, que admite la interposición de la acción de amparo para el cese de actividades generadoras de daño ambiental colectivo, legitimación que debe entenderse extendida en la hipótesis de amenaza de daños al ambiente, como se alegan en el presente caso. Del mismo modo el art. 32 de la norma legal citada establece que el

acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie.

5. Más allá de la amplia legitimación que acuerda el art. 14 de la CCBA en supuestos de acciones cuyo fin es la preservación del ambiente, y de los argumentos a los que remitió el señor juez de primera instancia para tener por legitimados a los actores, sean correctos o no (estos no fueron cuestionados por el GCBA), no puede el magistrado soslayar, al momento de dar curso a procesos donde se ventila la suerte de pretensiones de gran repercusión, como frecuentemente ocurre con las que persiguen la tutela de derechos de incidencia colectiva, cuál será el impacto de la sentencia reclamada sobre la esfera de derechos e intereses de quienes permanezcan ajenos al proceso. Es ello natural derivación del derecho constitucional de defensa en juicio, por aplicación del cual nadie puede ser afectado negativamente por una sentencia sin haber sido oído él mismo, su representante voluntario o uno necesario en aquellos supuestos en que ello sea justificado.

El *sub lite* brinda un ejemplo del fenómeno antes descripto. Como dije, el pronunciamiento de primera instancia —confirmado por Cámara— dispuso la suspensión de la apertura de los sobres de un llamado a licitación para la construcción de un complejo de viviendas en el predio de “Casa Amarilla”, barrio de La Boca, en el que, por la fecha de concesión de la medida cautelar (decretada el mismo día originalmente previsto para la apertura de los sobres —29 de diciembre de 2004), es deducible que ya habrían sido presentadas ofertas. A su vez, también es dable presumir, entre otras cosas, dado que la obra en cuestión es un importante complejo habitacional, que el GCBA pudo haber trabado relaciones jurídicas mediante la adjudicación o preadjudicación de las viviendas. Fue pues factible identificar desde un comienzo dos grupos de personas potencialmente afectadas por la sentencia, quienes presentaron ofertas para construir y los potencial o efectivamente adjudicatarios de las futuras unidades, a quienes no se oyó no obstante lo fácil que habría sido identificar a sus miembros. Difícilmente podía el GCBA representar los intereses de unos u otros —vivienda y propiedad—, habida cuenta de que divergen de los suyos —proseguir una gestión, que podía encontrar ventaja en desistir—.

La solución que, por otras razones, doy al recurso me exime de abundar en estas consideraciones.

6. En relación con la asunción por el Tribunal de atribuciones propias de la autoridad administrativa competente, asiste razón al recurrente toda vez que al fallar “...ordenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que con carácter previo a la realización de las obras a las que se refieren las Licitaciones Públicas 64/04, 66/04, 72/04 sobre el predio denominado ‘Casa Amarilla’ disponga la realización del procedimiento técnico administrativo de impacto ambiental en su integralidad y la celebración de una audiencia

pública” (fs. 621), la sentencia de primera instancia —confirmada por la Cámara— excedió el marco de atribuciones propias del Poder Judicial.

En efecto, el artículo 30 de la Constitución local establece “...la obligatoriedad de la evaluación previa del impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado susceptible de relevante efecto y su discusión en audiencia pública”. Reglamentándolo, el artículo 8° de la ley n° 123 (modificada por la ley 452), dispone “[l]as actividades, emprendimientos, proyectos y programas de impacto ambiental sin relevante efecto, deberán cumplir con las etapas a) y b) del Procedimiento Técnico Administrativo de EIA [Evaluación de Impacto Ambiental]...”. Es decir que para la realización de las actividades, proyectos, programas y/o emprendimientos debe obtenerse una categorización preliminar, previa solicitud del interesado. La autoridad de aplicación que el Poder Ejecutivo designe (art. 7, ley n° 123), debe categorizar las actividades, proyectos, programas o emprendimientos en función de los potenciales impactos ambientales a producirse, como de impacto ambiental con relevante efecto o sin relevante efecto (arts. 11 y 1, ley n° 123). En consecuencia, quedan excluidos del cumplimiento del procedimiento técnico de evaluación de impacto ambiental y la audiencia pública aquellos emprendimientos que no sean calificados susceptibles de provocar un relevante efecto ambiental.

El cuerpo normativo descripto confiere a la autoridad de aplicación la competencia para determinar si el proyecto puesto a su consideración es de los que requieren realizar el estudio de impacto ambiental y la consecuente audiencia pública. Como todo acto administrativo, es pasible de control judicial aquel que califica el efecto de la obra proyectada como no relevante. Sin embargo, ello no autoriza al Poder Judicial a suplantar la función de la administración y dictar por sí un acto administrativo. Es éste el contenido de la sentencia apelada, circunstancia que la descalifica como acto judicial. En efecto, surge de la anterior transcripción parcial de la sentencia de primera instancia, confirmada por la Cámara, que ella ordenó que se realizase el estudio de impacto ambiental y la audiencia pública cuando —más allá del acierto o error en el fondo de la cuestión— debió limitarse a declarar la nulidad del acto que entendió inválido (en el *sub lite*, la aplicación al caso del reglamento declaraba en forma general e implícita como sin relevante impacto ambiental determinados proyectos). El Tribunal nunca pudo excederse de ello y dictar el acto que declara como con relevante efecto el proyecto cuestionado, sobre todo cuando ello importa facultades de ejercicio discrecional.

Como sostuve *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Panza, Ángel R. c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)’”, expte. n° 4270/05, resolución del 23 de mayo de 2006: “[l]as providencias judiciales pueden, en ocasiones, ordenar a la administración ejercer alguna función a su cargo. No existen muchos ejemplos, y algunos son dudosos pues consisten en medidas que pueden ser diseñadas tanto como administrativas como judiciales, según a qué órgano dé el legislador la

última palabra y el grado de estabilidad —cosa juzgada administrativa o judicial que acuerde al producto final—. Un ejemplo de ello es el otorgamiento de una jubilación. Los jueces ora ordenan a la administración el otorgamiento del beneficio, de ordinario concedido por ella, ora lo disponen por sí. No importa, en verdad, el lenguaje con que operen de ordinario los magistrados judiciales, pues, aún cuando dispongan por sí acordar un beneficio, la estabilidad de ese beneficio en los aspectos que no hayan estado comprendidos en el debate judicial no será mayor que la de los acordados directamente en sede administrativa. Es decir, la estabilidad es distinta a la de la cosa juzgada judicial típica. Por ejemplo, el monto del beneficio puede ir variando del mismo modo que puede variar el de quienes lo logran en sede administrativa.

“En todos estos casos, debe existir una norma que acuerde esa potestad al juez. Ello así, porque su poder no se deriva de los artículos citados más arriba ni, menos aún, de la naturaleza de la función judicial. Sin embargo, no cualquier mandato de desarrollar funciones administrativas puede ser escogido por el legislador para ponerlo a cargo de un juez. Las funciones administrativas cuyo cumplimiento puede ser ordenado por un juez deben satisfacer, además del requisito de ser instituidas por el legislador, recaer sobre facultades regladas, puesto que si recayeran sobre facultades discrecionales, el legislador habría venido a desplazar una función administrativa, del área del poder ejecutivo, a la de los jueces, opción que le está vedada, ya que importaría una modificación de la propia constitución. Lo dicho vale, asimismo, para el hipotético, aunque menos probable, otorgamiento de semejante atribución mediante un tratado internacional. Ello así, porque los tratados no pueden modificar la Constitución Nacional y, como resulta de ello, tampoco las de los estados locales en los aspectos que no quedan autorizados por el dispositivo del art. 31 de la Constitución Nacional.

“Esta limitación a la posibilidad del poder judicial de obligar al poder ejecutivo tiene correlato en la jurisprudencia estadounidense. En este sentido la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Work v. U.S. Ex Rel. Rives* (267 U.S. 175, 1925) sostuvo que “[l]as órdenes judiciales dirigidas a la administración, consistentes en una obligación de hacer —*mandamus*—, compelen la ejecución de deberes (atribuciones)¹ fuertemente reglados. No pueden ser utilizadas para compeler o controlar un deber para cuyo cumplimiento tiene acordado, por la ley, un margen de discreción. La atribución puede ser discrecional dentro de límites. La administración no puede transgredir esos límites, y si lo hace, puede ser controlada por órdenes de hacer o no hacer para que se mantenga dentro de ellos. El poder de los tribunales para intervenir, si tienen alguno, consecuentemente depende de qué grado de discreción legal tiene la administración. Bajo algunos regímenes legales, la discreción alcanza la reglamentación de dicho

¹ Entiendo que la palabra *duty* queda mejor traducida entendiéndola alternativamente como deber-atribución, razón por la cual lo dejo indicado entre paréntesis.

régimen por parte del agente de la administración que lo ejecuta. Ningún tribunal en tal caso puede, mediante la emisión de órdenes de hacer, controlar la interpretación realizada por la administración, aún si la cree equivocada².

La CSJN ha repetido en numerosas oportunidades que una de las tareas más complejas y delicadas del Poder Judicial es la de autolimitarse y evitar invadir las competencias de los otros dos poderes llamados por la constitución a gobernar la República (Fallos: 310:2709)

De lo dicho hasta aquí surge que el órgano judicial excedió las facultades que le son propias al ordenar al GCBA que "...disponga la realización del procedimiento técnico administrativo de impacto ambiental en su integridad y la celebración de una audiencia pública...", más allá del acierto o error de la decisión de fondo, su labor debió detenerse en la nulidad del acto que entendió inválido.

7. El recurrente afirma que la cuestión debatida se ha tornado abstracta y que carece de sustento la declaración de inconstitucionalidad del art. 7 del Anexo VI del decreto n° 1352/02 efectuada. Dicho decreto modificaba el Cuadro de Usos 5.2.1.a calificaba a todas las viviendas colectivas como sin relevante efecto. Por su parte, la resolución 873-SSMAMB-04 disponía que aquellos rubros calificados como sin relevante efecto no requerían una declaración expresa por parte de la autoridad de aplicación. Antes de que se expidiese la Cámara, el GCBA presentó un escrito de "Adjunta. Manifiesta" (fs. 639, de cargo 29/07/2005) en donde hizo saber al tribunal *a quo* del dictado de la resolución 61-SSMAMB-04 que en el punto 16 de su anexo IV disponía que "[t]oda obra pública o privada con una superficie mayor a 10.000 m², cualquiera sea su destino, resultará sujeta a categorización". Luego, también con anterioridad a la sentencia de Cámara, aunque esta vez no le fue advertido a ese tribunal por el GCBA, la resolución 104-SSMAMB-05 (BOCBA N° 2299, de fecha 19/10/2005) dispuso dejar sin efecto el punto 16 del anexo IV antes mencionado y reemplazar el inciso a) del art. 4 de la resolución 873-SSMAMB-04 disponiendo, en lo que aquí interesa, que "...[l]as actividades, proyectos, programas y/o emprendimientos que se encuadren en rubros previstos en los Cuadros de Usos 5.2.1, como de Impacto Ambiental Sin Relevante Efecto (SER), se consideran así categorizados sin necesidad de una declaración expresa por parte de la Autoridad de Aplicación, excepto aquellos que comprendan una superficie cubierta total mayor de 10.000 m², en cuyo caso deberán contar con una

² En el original: "[m]andamus issues to compel an officer to perform a purely ministerial duty. It cannot be used to compel or control a duty in the discharge of which by law he is given discretion. The duty may be discretionary within limits. He cannot transgress those limits, and if he does so, he may be controlled by injunction or mandamus to keep within them. The power of the court to intervene, if at all, thus depends upon what statutory discretion he has. Under some statutes, the discretion extends to a final construction by the officer of the statute he is executing. No court in such a case can control by mandamus his interpretation, even if it may think it erroneous".

declaración expresa de Autoridad de Aplicación, para lo cual deberán cumplir con el trámite previsto en el art. 6° inc. C) de la presente resolución” (art. 2).

Los Dres. Balbín y Russo entendieron que la nueva norma (la resolución 61 mencionada) no modificaba la situación y que correspondía confirmar *in totum* la sentencia de primera instancia. El Dr. Russo sostuvo que “...la legislación vigente otorga la facultad de *categorizar* las actividades a la autoridad de aplicación de la ley 123 [...] respecto del emprendimiento que nos ocupa la administración ya lo ha hecho afirmando que se trata de un proyecto de impacto ambiental *sin relevante efecto*. [...] Por último, toda vez que el dictado de la resolución 61-A.A. ley 123-SSMAMB-2005 del 15 de julio de 2005 es posterior a los actos impugnados por los actores, en nada afectan las consideraciones vertidas precedentemente” (fs. 671 vuelta y 672, todas las cursivas pertenecen al original). El Dr. Balbín, con respecto a la resolución 61 mencionada opinó: en primer lugar que “...al realizar la convocatoria a licitación pública para la ejecución del proyecto, la parte demandada ya se expidió tácitamente sobre su categorización. En efecto, toda vez que dicha convocatoria no fue precedida del procedimiento técnico administrativo de evaluación de impacto ambiental —en los términos regulados por la ley 123— la administración consideró las obras a ejecutarse como sin relevante efecto. // Así, como la convocatoria constituye un acto aplicativo de la resolución 873/SSMA/04, en tanto prevé la categorización automática de las viviendas colectivas destinadas a uso residencial, sin necesidad del dictado de un acto expreso de categorización y sin evaluar en forma circunstanciada los factores indicativos de impacto ambiental previstos en la ley (art. 2) [...] En segundo lugar, debe ponerse de relieve que la resolución n° 61/SSMA/05 no resulta aplicable a este caso porque no establece la retroactividad de sus previsiones y, por lo tanto, es aplicable únicamente a los actos dictados a partir de su vigencia (doct. Art. 3 CC, cfr. Esta Sala, *in re* “Napol Roma, Natalio c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, EXP n° 6565/0, sentencia del 25 de noviembre de 2004, disidencia del Dr. Carlos Balbín, cosid. II)” (fs. 677). Por su parte, la disidencia del Dr. Centanaro entendió que la cuestión se había tornado abstracta debido a que la reglamentación imponía la necesidad de una declaración expresa y particular de la autoridad de aplicación. Ello debido a que resultaba aplicable la resolución 61 mencionada en atención a “...lo establecido en el art. 3 del Código Civil, el que prescribe, ‘*que a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...*’ (fs 679, la cursiva pertenece al original).

Con posterioridad a la sentencia de Cámara, el GCBA acompaña la disposición 1430-DGPYEA-05, que da cuenta del cumplimiento de la categorización respectiva. Dicho acto dispone la categorización de la obra en cuestión como de impacto ambiental sin relevante efecto (art. 1) y otorga el Certificado de Aptitud Ambiental a nombre del Instituto de la Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 2) con ciertos condicionamientos

(art. 3). Tal como recuerda el GCBA en su recurso de inconstitucionalidad, para resolver de esa manera, la autoridad de aplicación tuvo en cuenta: el distrito zonificación, la superficie a construir y las restricciones impuestas por el Código de Planeamiento Urbano, en especial resalta que las superficies semicubiertas son aproximadamente el 50 % del terreno y que ello arroja un FOT de 3, muy inferior al permitido. Que todos los edificios guardan un diseño arquitectónico similar, variando la cantidad de pisos, siendo los más altos ubicados sobre la Av. Alte. Brown y más bajos los ubicados sobre la calle Palos. Edificios de baja densidad (P.B. y dos pisos), de mediana densidad (P.B. y seis pisos) y de alta densidad (P.B. libre y nueve pisos). Que por convenio con el Club Boca Juniors se ejecutaron obras de saneamiento del suelo, pavimentación e infraestructura de servicios correspondientes al predio de “Casa Amarilla”. Que se ha tenido en cuenta el impacto sobre el tránsito e higiene de la zona, e incluso se ha impuesto cargas al solicitante para evitar el impacto que la obra pueda ocasionar. El artículo 3° establece numerosas condiciones que deberán observarse durante la etapa de obra y en la etapa operativa. Por ejemplo, en la etapa de obra, contiene previsiones vinculadas a la no obstrucción del tránsito vehicular, el control de la calidad ambiental de los terrenos y, en general, el cuidado del medio ambiente, imponiendo —además— acordar cronogramas de posibles cortes con empresas de servicios públicos en los casos de presentarse interferencias. Para la etapa operativa establece, entre otras, medidas tendientes a evitar la obstrucción o saturación de las vías de circulación, disponiendo que el Instituto de la Vivienda deberá gestionar ante los organismos competentes la ejecución de las aperturas de calles aledañas, establecer las manos de circulación, entre otras medidas.

En tales condiciones, la condena incursiona en el ejercicio de la función administrativa de un modo que, según resulta del posterior ejercicio por parte de la administración, interfiere con él.

Por otro lado, aun cuando cupiera razón a la mayoría del tribunal *a quo*, no cabe soslayar que el GCBA parece haber entendido aplicable la nueva normativa debido a que emitió el acto administrativo pertinente declarando como sin relevante efecto las obras proyectadas por el Instituto de la Vivienda. Dicho acto no ha sido objeto de impugnación en este pleito y torna abstracto este proceso toda vez que la pretensión a la que el Poder Judicial pudo hacer lugar —declaración de nulidad de la aplicación al caso de la norma general que calificaba como sin relevante efecto el proyecto cuestionado— ha quedado privado de virtualidad con la declaración individual (conforme disposición 1430-DGPYEA-05) dictada por el GCBA. Sin embargo, ello no constituye condicionamiento alguno para el ejercicio de las funciones administrativas que se estimen pertinentes.

8. Por lo expuesto, voto por revocar la sentencia impugnada, declarar abstracto el proceso y mandar a que se archive por quien corresponda.

En tanto la conducta discrecional del GCBA dio lugar a que los amparistas accionaran en defensa del derecho a gozar de un ambiente sano, las costas de primera instancia deben imponerse en su totalidad al GCBA y las de las otras instancias en el orden causado (art. 14, CCBA).

La jueza Ana María Conde dijo:

I.- El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA satisface los requisitos de tiempo y forma, cuestiona una sentencia definitiva y —como se verá a continuación— plantea adecuadamente un caso constitucional, lo que amerita su tratamiento en la presente sentencia.

El recurrente realiza los siguientes planteos:

- a) Por un lado, sostiene que con el dictado de la resolución 104-SSMA-05 y la disposición 1430-DGPYEA-05, la cuestión de autos se tornó abstracta (puntos 1 a 3, fs. 693/698 vta.).
- b) Subsidiariamente, para el supuesto que no se considere aplicable el nuevo contexto fáctico y normativo, realiza distintas argumentaciones en defensa de la legitimidad del decreto 1352-GCBA-2002 y la resolución 873-SSMA-04 (punto 4.1, fs. 698 vta./700).
- c) Y por último, critica la sentencia de Cámara por extralimitarse en sus funciones, al decidir que la construcción de viviendas en Casa Amarilla era un emprendimiento de relevante efecto ambiental y ordenar que se realice todo el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, audiencia pública incluida.

En tal sentido, sostiene que, en el supuesto de considerar que la categorización automática y sin necesidad de declaración expresa de los proyectos de viviendas colectivas como de Impacto Ambiental Sin Relevante Efecto —establecida por el decreto 1352-GCBA-2002 y la resolución 873-SSMA-04— era ilegítima y/o inconstitucional, lo que correspondía era ordenar a la autoridad administrativa especializada en la materia que categorice el emprendimiento de conformidad con las pautas fijadas en el art. 12 de la ley 123 (ver punto 4.2 y 5, fs. 700/701 vta.).

Si bien no todos los planteos desarrollados por el recurrente se relacionan directamente con principios y derechos constitucionales, atento encontrarse íntimamente ligados considero que corresponde su tratamiento conjunto en la presente sentencia.

II.- Previo a todo, resulta pertinente describir la evolución de las distintas normas aplicables al caso de autos, lo que nos permitirá determinar en qué contexto se dictó el fallo recurrido y cuál es la situación actual.

- 1) La **ley 123** —Evaluación del Impacto Ambiental—, sancionada el 10/12/1998, en sus arts. 8 y 9 contempla dos procedimientos distintos de evaluación de impacto ambiental de acuerdo al efecto de la obra en

cuestión (art. 8):

- i. Los emprendimientos susceptibles de producir un impacto ambiental de **relevante efecto** deberán cumplir con la totalidad del procedimiento de EIA, a saber:
 - a) la presentación de la solicitud de categorización,
 - b) la categorización de las actividades, proyectos, programas y/o emprendimientos,
 - c) la presentación del Manifiesto de Impacto Ambiental acompañado de un Estudio Técnico de Impacto Ambiental,
 - d) el Dictamen Técnico,
 - e) la Audiencia Pública de los interesados y potenciales afectados,
 - f) la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), y
 - g) el Certificado de Aptitud Ambiental.
 - ii. Por el contrario, los emprendimientos **sin relevante efecto** solo deberán cumplir las dos primeras etapas: la presentación de la solicitud de categorización y la misma categorización. Es decir, en este supuesto no es necesaria la realización de una audiencia pública.
- 2) El **decreto 1352-GCBA-02** —reglamentario de la ley 123—, sancionado el 10/10/2002, estableció en los arts. 2 y 7 del anexo VI que la categorización se realizará de acuerdo al cuadro de usos 5.2.1.a) del Código de Planeamiento Urbano, el cual categoriza como sin relevante efecto (SER) al ítem B “*vivienda colectiva*”.
 - 3) La **resolución 873-SSMA-04** de la Subsecretaría de Medio Ambiente, sancionada el 15/04/2004, dispone en su art. 4 inc.a) que los emprendimientos que se encuadren en los Cuadros de usos 5.2.1 como de Impacto Ambiental Sin Relevante Efecto (SER) se consideran así categorizados sin necesidad de una declaración expresa por parte de la Autoridad de Aplicación.
 - 4) La **resolución 61-SSMA-05** de la Subsecretaría de Medio Ambiente, sancionada el 15/07/2005, modificó el anexo IV de la resolución 873-SSMA-04, y dispuso en el inc.16) que “*Toda obra pública o privada, con una superficie cubierta mayor a 10.000 m2, cualquiera sea su destino, resultará sujeta a categorización (s/c)*”.
 - 5) La **resolución 104-SSMA-05** de la Subsecretaría de Medio Ambiente, sancionada el 03/10/2005, dejó sin efecto el inc. 16) del anexo IV de la resolución 61-SSMA-05 y modificó el art. 4 inc.a) de la resolución 873-SSMA-04, estableciendo que los emprendimientos que se encuadren en los Cuadros de usos 5.2.1 como de Impacto Ambiental Sin Relevante Efecto (SER) se consideran así categorizados sin necesidad de una declaración expresa por parte de la Autoridad de Aplicación, “... *excepto aquellos que comprendan una superficie cubierta total mayor de 10.000 m2, en cuyo caso deberán contar con una declaración expresa de la*

Autoridad de Aplicación, para lo cual deberán cumplir con el trámite previsto en el art. 6 inc.c) de la presente resolución ...”

- 6) La **disposición 1430-DGPYEA-05** de la Dirección General de Política y Evaluación Ambiental, sancionada el 28/12/2005, realizó la categorización de la obra “vivienda colectiva” en la zona de Casa Amarilla, en cumplimiento de lo ordenado por la resolución 104-SSMA-05, que expresamente cita.

En consecuencia, dicha disposición calificó a ese emprendimiento como de Impacto Ambiental Sin Relevante Efecto (art. 1), otorgó el Certificado de Aptitud Ambiental (art. 2), y estableció determinadas condiciones a cumplir en el desarrollo de la actividad (art. 3).

- 7) La **resolución 66-MMA-06** del Ministerio de Medio Ambiente, dictada el 01/06/2006, decidió convocar a audiencia pública para el análisis del proyecto de vivienda colectiva en Casa Amarilla, a celebrarse el 13 de julio de 2006.

En los considerandos de dicha resolución se dejó constancia de que el procedimiento de audiencia pública no era jurídicamente exigible atento haber sido categorizado el proyecto como de Impacto Ambiental Sin Relevante Efecto, sin perjuicio de lo cual y atento la trascendencia de la obra en cuestión, resultaba conveniente su realización.

En la presente causa no existen constancias fehacientes de que dicha audiencia se haya o no celebrado.

III.- A la luz de las disposiciones legales antes mencionadas y de los principios que regulan el accionar de los órganos judiciales, *¿resulta legítimo el mandato judicial impuesto por los jueces de mérito al GCBA?*

1. Los votos que conforman la mayoría siguen el siguiente razonamiento:

- a) El decreto 1352-GCBA-02 y la resolución 873-SSMA-04 —en su redacción originaria— establecían la categorización automática y sin necesidad de declaración expresa del proyecto de vivienda colectiva en Casa Amarilla como de Impacto Ambiental Sin Relevante Efecto.
- b) Al realizar la convocatoria a licitación pública la Administración Pública ejerció en forma tácita su facultad de categorizar al proyecto de vivienda colectiva en Casa Amarilla y lo hizo calificándolo como emprendimiento de impacto ambiental sin relevante efecto (ver fs. 677).
- c) Dicha categorización tácita y automática fue consecuencia de la aplicación de las normas antes mencionadas, y no estuvo precedida del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que hubiera permitido realizar una evaluación circunstanciada de los factores indicativos de impacto ambiental, lo que viola la ley 123 (especialmente sus arts. 12 y 13), norma jerárquicamente superior.
- d) Por lo tanto, la normativa general —art. 7 del anexo VI del decreto 1352-GCBA-02— resulta inconstitucional, como así también sus actos

aplicativos —categorización tácita y automática del proyecto de vivienda colectiva en Casa Amarilla como emprendimiento sin relevante efecto, y consecuente llamado a licitación pública—.

- e) Al declarar la ilegitimidad de la categorización tácita y automática de dicho proyecto, los Camaristas que conforman la mayoría proceden a realizar una nueva categorización, y basándose en distintas razones vinculadas a la envergadura del proyecto y la modificación que realizaría sobre espacios verdes de uso público, concluyen que se trata de una obra susceptible de producir un impacto ambiental de relevante efecto (ver punto VIII del voto del Dr. Balbín, a fs. 677 y vta.).
- f) Como consecuencia de la categorización a la que arriban, y basándose en lo que dispone el art. 8 de la ley 123, confirman la sentencia de primera instancia en cuanto ordena al GCBA que realice en forma completa el procedimiento de evaluación del impacto ambiental, incluida la convocatoria a audiencia pública.

2. La sentencia recurrida realiza un análisis certero del contexto fáctico y de la legitimidad o ilegitimidad del marco normativo vigente al momento de sentenciar —ya que los Jueces de Cámara aún no habían tomado conocimiento del dictado de la disposición 1430-DGPYEA-05—.

Como acertadamente lo destacan los jueces de Cámara, el procedimiento que se siguió para determinar el impacto ambiental del proyecto de vivienda colectiva en Casa Amarilla —categorización automática y tácita, fundada en el decreto 1352-GCBA-02 y resolución 873-SSMA-04— entró en directa colisión con los arts. 11 y 12 de la ley 123, norma jerárquicamente superior.

Es decir, el citado proyecto fue, en un primer momento, categorizado automática y tácitamente como de Impacto Ambiental Sin Relevante Efecto sin haber ponderado en forma concreta y desarrollada los factores mencionados en el art. 12 de la ley 123: (a) la clasificación del rubro, (b) la localización, (c) el riesgo potencial sobre los recursos aire, agua, suelo y subsuelo, según las normas sobre el particular vigentes en la Ciudad de Buenos Aires, (d) la dimensión, (e) la infraestructura de servicios públicos de la ciudad a utilizar, y (f) las potenciales alteraciones urbanas y ambientales.

Al no haber contemplado estos aspectos, la Administración Pública incurrió en una omisión violatoria de los derechos constitucionales al medio ambiente y a un hábitat adecuado (arts. 26 a 31 CCBA y 41 CN): Y es que el Gobierno local está obligado, por mandato constitucional y legal (ley 123), a realizar un análisis serio del impacto ambiental y, en consecuencia, extremar las medidas para evitar perjuicios al medio ambiente y la calidad de vida de los vecinos de esta Ciudad.

Por lo tanto, la declaración de inconstitucionalidad del art. 7 del anexo VI del decreto 1352-GCBA-02, realizada por el juez de primera instancia y confirmada por la Cámara, es correcta, aunque —como explicaré más adelante— ha perdido actualidad en virtud de las normas modificatorias que

se sancionaron posteriormente —especialmente las resoluciones 104-SSMA-05 y 61-SSMA-05 de la Subsecretaría de Medio Ambiente—.

3. Sin embargo, en lo que falla el decisorio es en imponerle un mandato al GCBA extralimitándose en la funciones propias del Poder Judicial, al sustituir a la Administración Pública en el ejercicio de funciones que le son exclusivas, lo cual viola el principio constitucional de división de poderes.

a) En cuanto al alcance de las sentencias dictadas en el marco de procesos administrativos, en nuestro país la postura predominante es aquella que limita la potestad judicial a la confirmación o anulación —total o parcial— del acto impugnado. Por lo tanto, como principio general y exceptuando casos especiales en los que el ordenamiento jurídico lo habilita expresa o implícitamente, lo que el juez no puede hacer es modificar el acto impugnado, porque los órganos judiciales carecen de competencia para reformar los actos que dicte la Administración (Diez, Manuel María, “Derecho Procesal Administrativo”, pág. 177, Ed. Plus Ultra, Bs.As., 1996 ; Tawil, Guido, “Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa”, tomo II, pág. 450 y ss., Ed. Depalma, Bs.As., 1993).

Este límite a la actuación judicial se sustenta en el principio de división de poderes, que resultaría violado si los jueces hicieran lo que la Administración debe hacer, invadiendo de esta manera el ámbito de actuación del poder administrador, y sustituyéndolo en el ejercicio de sus facultades propias sin contar con organismos especializados y recursos —tanto materiales como humanos— que le permiten hacerlo eficientemente.

En otras palabras, la competencia judicial es revisora y no sustitutiva de la Administración Pública; solo controla que lo actuado u omitido por la Administración Pública respete el ordenamiento jurídico —*control de legitimidad*—, y en caso de que ello no ocurra puede obligar a la Administración a emitir el o los actos debidos.

En conclusión, y —vuelvo a destacar— como principio general, cuando se anula un acto administrativo, lo que corresponde hacer es dejar que la Administración Pública considere nuevamente la cuestión, sin perjuicio de lo cual el juez puede establecer determinadas pautas y procedimiento a las que debe ajustarse la administración —por ejemplo, fijando un plazo para él dictado del nuevo acto administrativo—. Es lo que en el derecho norteamericano se conoce como *reversal and remand* —anulación y reenvío— (Tawil, ob.cit., tomo II, pág. 452/453).

b) Analizando el presente caso, una vez determinada la ilegitimidad de la categorización automática y tácita del proyecto de vivienda colectiva en Casa Amarilla, lo que correspondía —como acertadamente lo propone el Dr. Centanaro en su disidencia— era ordenar al GCBA que realice una nueva categorización del proyecto teniendo en cuenta las exigencias contempladas

en la ley 123, y en los términos de la resolución 61-SSMA-05, posteriormente modificada por la resolución 104-SSMA-05, ambas normas dictadas por la Subsecretaría de Medio Ambiente,

Los jueces que conforman la mayoría no estaban habilitados para sustituir a la Administración Pública y categorizar al emprendimiento como de “relevante efecto ambiental” —más allá de su acierto o desacierto, del que no corresponde emitir opinión en el marco de este juicio—, por dos motivos:

- Porque invadieron el ámbito propio del poder administrador, que es la Autoridad de Aplicación de la ley 123 (conf.art. 7 de dicha norma), y además cuenta con recursos materiales y humanos especializados en la materia.
- Porque tampoco existen pruebas en la causa que permitan formar convicción en cuanto a que dicho emprendimiento tenga o no relevante impacto ambiental. Tan solo existe prueba informativa y documental agregada en la causa, pero no hay pericias que permitan, desde el punto de vista técnico, fundamentar la conclusión a la que arriban los jueces que conforman la mayoría en la sentencia recurrida.

Al resolver de esta manera, la resolución recurrida afecta la división de poderes y el derecho al debido proceso del GCBA, lo que configura un caso constitucional que habilita la intervención del Tribunal en el marco de este recurso, y la consecuente revocación de la sentencia impugnada.

IV.- Habida cuenta que la sentencia recurrida debe ser revocada, debemos analizar si corresponde declarar abstracto el proceso o —por el contrario— dictar una nueva sentencia.

Ya en otras oportunidades hemos dicho que los tribunales deben pronunciarse sobre cuestiones actuales y no diluidas por la ocurrencia de acontecimientos que tornen innecesario un pronunciamiento sobre el fondo del asunto [cf. este Tribunal *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Pons, Sandra C. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 3097/04, resolución del 16/12/04; “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Morini, Elsa Erlinda c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 3111/04, resolución del 16/12/04; “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Mantovano, Carlos Alberto y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 3098/04 resolución del 16/12/04: “Báez, Elsa Esther c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 1918/02, resolución del 19/3/03; “Aquino, Graciela Noemí y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 2438/03, resolución del 17/10/03; entre otros],

En cuanto a la pretensión deducida por los actores en la demanda de amparo, si bien en forma confusa y poco directa, lo que perseguían los accionantes era que se impida el avance del proyecto de vivienda colectiva

en Casa Amarilla atento no haberse realizado el procedimiento de evaluación de impacto ambiental establecido en la ley 123, ni celebrado la audiencia pública respectiva.

Planteado en estos términos, el objeto del amparo se agotó con el dictado de la **disposición 1430-DGPYEA-05** de la Dirección General de Política y Evaluación Ambiental y la **resolución 66-MMA-06** del Ministerio de Medio Ambiente:

- La primera norma realizó la categorización expresa del impacto ambiental proyecto de vivienda colectiva en Casa Amarilla.
- La segunda norma inició el procedimiento de audiencia pública reclamado por los actores, atento la trascendencia del proyecto en cuestión, y más allá de que su realización no era jurídicamente exigible atento haberse calificado el emprendimiento como “Sin Relevante Efecto”..

Es decir, los dos reclamos planteados por la parte actora han sido satisfechos. Por lo tanto, al no subsistir un gravamen concreto y actual, requisito ineludible para considerar existente una “*causa judicial*”, corresponde que este Tribunal —por razones de economía procesal— declare abstracto el proceso.

Es importante destacar que la forma en que se resuelve no implica emitir opinión alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de la categorización y convocatoria a audiencia pública establecidas en las normas antes mencionadas, lo cual no es ni puede ser objeto del presente proceso.

V.- La conducta estatal violatoria del procedimiento de evaluación ambiental previsto en la ley 123 —fundándose para ello en reglamentaciones ilegítimas— es la que motivó la iniciación del presente proceso, por lo que corresponde confirmar la imposición de las costas de primera instancia a la demandada.

Habida cuenta que asiste razón al GCBA en el agravio planteado contra las sentencias de los jueces de mérito, en cuanto le impusieron una condena violatoria del principio de división de poderes y del derecho al debido proceso, las costas de segunda instancia y del presente recurso de inconstitucionalidad deben imponerse en el orden causado, conf. art. 14 CCBA.

VI.- Por todo lo expuesto, voto por:

- a) Revocar la sentencia recurrida,
- b) Declarar abstracto el proceso, y
- c) Imponer las costas de primera instancia a la demandada, y las restantes en el orden causado.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. Adhiero al voto del juez Luis F. Lozano en cuanto propicia revocar la sentencia apelada y declarar abstracto el proceso.

2. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente concedido con los alcances fijados por la Cámara en su interlocutorio de fs. 721/722.

En mi concepto, tal como lo sostiene mi colega, el doctor Luis F. Lozano, la sentencia dictada sobre el fondo de la cuestión debatida por el Tribunal *a quo* —que confirmó la del juez de grado— se extralimitó al ordenar al GCBA que desarrolle un procedimiento de impacto ambiental *en su integridad* que incluya la convocatoria a una *audiencia pública*, con carácter previo a la realización de las obras sobre el predio denominado “Casa Amarilla”.

3. Es claro que, según lo establece la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el estudio de impacto ambiental y la discusión en audiencia pública resultan *obligatorios* para todo emprendimiento público o privado *susceptible de relevante efecto* (art. 30, CCBA).

Pero en este proceso judicial no corresponde determinar si las obras a realizarse en Casa Amarilla son o no susceptibles de producir un impacto ambiental de relevante efecto. Por esta razón no ingreso en la consideración de los argumentos que brindó la Cámara para concluir que el proyecto de Casa Amarilla posee relevante efecto sobre el ambiente. Simplemente afirmo que, luego de la declaración de inconstitucionalidad del decreto que *categorizaba en forma automática* a las viviendas colectivas como obras “sin relevante efecto” decidida para el caso en las instancias de mérito, correspondía a la autoridad administrativa *categorizar en forma específica el proyecto*, según el procedimiento delineado en la ley n° 123 —reglamentaria del citado art. 30, CCBA—.

El art. 12 de la ley citada establece que “(l)as actividades, proyectos, programas o emprendimientos se categorizan como de Impacto Ambiental con o sin relevante efecto, de acuerdo con la reglamentación de la presente ley, considerando los siguientes factores: a. La clasificación del rubro; b. La localización; c. El riesgo potencial sobre los recursos aire, agua, suelo y subsuelo, según las normas sobre el particular vigentes en la Ciudad de Buenos Aires; d. La dimensión; e. La infraestructura de servicios públicos de la ciudad a utilizar; y e. Las potenciales alteraciones urbanas y ambientales” (conf. texto art. 6° de la ley n° 452, BOCBA n° 1025, del 12/09/2000).

La misma ley n° 123 establece que el primer paso del procedimiento técnico-administrativo de EIA es la presentación de una solicitud de categorización del proyecto —art. 9, inc. a)—, para que luego la autoridad administrativa se encargue de proceder a la mentada categorización —v. en especial arts. 9, inc. b) y 11—.

Depende entonces de la apuntada *categorización administrativa* si corresponde realizar un procedimiento completo de EIA (si el proyecto *posee* “relevante efecto”) o bien uno más acotado (si el proyecto *no posee*

“relevante efecto”) —cf. art. 8, ley n° 123—.

4. Al momento de iniciarse la presente acción de amparo existía una reglamentación de la ley n° 123 que permitía, como se dijo en el punto 3 de este voto, una suerte de *categorización automática* de los proyectos de construcción de viviendas colectivas, reputándolos, sin más, es decir, sin necesidad de una declaración expresa por parte de la autoridad de aplicación, como “*sin relevante efecto*” (art. 7 del Anexo VI del decreto n° 1352/GCBA/02 y res. n° 873/SSMA/01).

Pero más allá de lo reproches que se podrían formular a este marco reglamentario (y en este aspecto no puedo menos que coincidir con lo expresado por los jueces de la causa que lo declararon inconstitucional para el caso), que, en forma *palmaria*, desnaturalizaba la intención del constituyente y del legislador plasmada en los arts. 26, 27 y 30, CCBA y en la ley n° 123, con menoscabo del art. 102, CCBA —no se puede alterar el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias—, dado que, como se dijo, se establecía que los proyectos de construcción de viviendas colectivas de uso residencial podían categorizarse “*sin relevante efecto*” de manera abstracta y dogmática, lo cierto es que el Gobierno local decidió *modificar* parcialmente estos preceptos [cf. res. n° 61/SSMA/05 que dispuso: “Toda obra pública o privada con una superficie cubierta mayor a 10.000 m², cualquiera sea su destino, resultará sujeta a categorización” y res. n° 104/SSMA/05 que dejó sin efecto el inc. 16) del anexo IV de la resolución 61-SSMA-05 y modificó el art. 4 inc.a) de la resolución 873-SSMA-04, estableciendo que los emprendimientos que se encuadren en los Cuadros de usos 5.2.1 como de Impacto Ambiental Sin Relevante Efecto se consideran así categorizados sin necesidad de una declaración expresa por parte de la Autoridad de Aplicación, “... excepto aquellos que comprendan una superficie cubierta total mayor de 10.000 m², en cuyo caso deberán contar con una declaración expresa de la Autoridad de Aplicación, para lo cual deberán cumplir con el trámite previsto en el art. 6 inc.c) de la presente resolución ...”].

Con las aludidas reformas, el consignado “trámite automatizado” que se propiciaba desde el Poder Ejecutivo local para categorizar los proyectos de “vivienda colectiva” fue modificado en sede administrativa de manera tal que, para un caso como el presente —a causa de la extensión de la superficie a construir—, ahora, se dispone que la autoridad administrativa expida una *categorización específica*.

Por ello, cualquier otra consideración respecto de la antigua regulación aplicable al caso carece de actualidad y deviene inoficiosa.

5. El voto que conforma la mayoría de la sentencia objetada ante este estrado por el GCBA —al confirmar la decisión del juez de grado— consideró que no es posible aplicar en el caso la nueva reglamentación —dictada luego del referido pronunciamiento del juez de grado, pero antes de

la sentencia de la Cámara— y, en consecuencia, no corresponde someter el proyecto a categorización en sede administrativa.

Se sostuvo para ello que la nueva reglamentación no puede aplicarse en forma retroactiva. También se afirmó que el GCBA *ya ha calificado tácitamente la obra* como “sin relevante efecto”, toda vez que la convocatoria original para la construcción del proyecto en Casa Amarilla no fue precedida de un procedimiento técnico-administrativo de EIA.

Ocurre que, tal como lo sostiene el voto del juez de Cámara disidente, doctor Centanaro, la situación, en primer lugar, podría razonablemente encuadrarse a partir de la regla que indica que “(a) partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (art. 3, Cód. Civil). En efecto, no se han invocado derechos adquiridos ni otros impedimentos de carácter jurídico que inhiban o siquiera dificulten la aplicación de este principio general al caso.

Pero además, si el GCBA no implementó en su momento un procedimiento de EIA —en definitiva, nunca se dictó un acto formal de *categorización*—, ello se debió pura y exclusivamente a la vigencia de aquellos preceptos hoy derogados (contenidos en el dec. n° 1352/02 y en la res. n° 873/04), según surge del expediente [cf. nota n° 734/04 de la Dirección General de Política y Evaluación Ambiental, de fecha 27/12/04, que expresa: “Las obras a ejecutar en la actualidad, consisten en edificios de Viviendas Colectivas, que *según Decreto n° 1352/02*, reglamentario de la Ley n° 123, resultan categorizadas como Sin Relevante Efecto, y solamente requieren de la presentación de un Formulario de Categorización conforme Anexo 1 a) de la Res. n° 873-SSMAMB-04, acompañando la solicitud del permiso de obra ante la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro”, obrante a fs. 93 – el destacado ha sido añadido].

Desde esta perspectiva, entiendo que, incluso si se desechara la aplicación en el *sub lite* de la nueva normativa reglamentaria, la declaración de inconstitucionalidad resuelta en el caso tampoco autoriza a determinar directamente en sede judicial si las obras proyectadas poseen o no “relevante efecto”, omitiéndose el recaudo de la categorización administrativa específica que prevé la ley n° 123, según se explicó en el punto 3 precedente.

Si el art. 12 de la citada ley determina que los proyectos se categorizan “*de acuerdo con la reglamentación*” y parte de esta reglamentación es declarada inconstitucional por un juez, ello, de por sí, no permite relevar a la autoridad de aplicación de la ley n° 123 en su tarea de determinar si el proyecto posee o no impacto relevante sobre el ambiente. La decisión judicial sólo implica que la regla declarada inconstitucional ya no puede ser aplicada al caso concreto. Y como el fundamento utilizado por la Administración para concluir que la obra no tenía relevante efecto era aquella norma declarada ilegítima, el asunto debe regresar a la sede administrativa para que la autoridad de aplicación decida, ahora, sin tenerla en cuenta.

6. En virtud de las reflexiones antecedentes, entiendo que el proyecto de construcción de viviendas colectivas en Casa Amarilla, por superar el límite de superficie cubierta de 10.000 m² establecido en la nueva reglamentación vigente o bien por la directa aplicación del art. 30 CCBA y de la ley n° 123, es de aquellos que se encuentran *sujetos a categorización* por parte de la *autoridad administrativa*.

7. Ahora bien, la parte demandada ha arrojado al expediente con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva de la Cámara (del 29/12/05) un “**Certificado de Aptitud Ambiental**” —n° 3531— expedido por la Dirección General de Política y Evaluación Ambiental del GCBA sobre la base de la aplicación de la nueva reglamentación que rige el caso. Este certificado *categoriza* la obra como “**sin relevante efecto ambiental**” — disp. n° 1430/DGPYEA/05, dictada el 28/12/05— (cf. fs. 684/687, el destacado ha sido añadido).

El aludido certificado, como es obvio, no ha podido ser tenido en cuenta por el Tribunal *a quo* al resolver. No obstante, puede afirmarse que con su expedición el GCBA ha encauzado el procedimiento técnico-administrativo de EIA bajo los parámetros que postula este voto —recuérdese que las decisiones en materia de amparo deben atender a la situación fáctica existente al momento de resolver (*Fallos*: 300:844), teniendo en cuenta no sólo los factores iniciales sino también los sobrevinientes, sean agravantes o no, que resulten de las actuaciones producidas (*Fallos*: 304:1020)—.

Desde esta perspectiva, entonces, atendiendo a la naturaleza de la acción incoada —amparo— y a los derechos constitucionales en juego —el tema no sólo se vincula con el derecho a gozar de un ambiente sano de un grupo de vecinos de La Boca, pues, en última instancia, este emprendimiento público, desarrollado por el IVC y financiado parcialmente con fondos provenientes del Plan Federal de Construcción de Viviendas impulsado por el Gobierno Nacional, está orientado a satisfacer el derecho a la vivienda de un importante colectivo de personas, dado que se proyecta la construcción de 1.231 viviendas de ambiente único, 1, 2 y 3 dormitorios, destinadas a personas residentes en la Ciudad de Buenos Aires con ingresos mensuales entre \$ 1.000 y \$ 2.200 por grupo familiar, con un financiamiento que correrá por cuenta del propio IVC a 30 años, con una tasa anual entre el 2% y el 4%³—, considero que no resta más que: a) revocar la sentencia apelada en tanto determina que el proyecto de viviendas de Casa Amarilla posee “relevante efecto ambiental” (más allá del acierto o error de esta afirmación) y en consecuencia obliga al Gobierno a desarrollar un procedimiento *integral* de EIA; y b) declarar abstracto el proceso, toda vez que la Administración ha categorizado ya este

³ http://www.buenosaires.gov.ar/areas/jef_gabinete/vivienda/casa_amarilla/index.php.

emprendimiento.

Cabe aclarar, para finalizar, que no corresponde adentrarse en la valoración de la categorización decidida por el GCBA, como tampoco del certificado de aptitud ambiental expedido en consecuencia, pues ello excedería largamente el objeto de esta *litis*. Al declarar abstracto el proceso, tampoco este pronunciamiento es susceptible de condicionar otros trámites relativos al emprendimiento que se considere oportuno implementar.

8. Si bien la parte demandada (GCBA) no resulta vencida en sentido técnico, con su conducta discrecional respaldada en una reglamentación *ilegítima* de la ley n° 123 —modificada luego de la sentencia adversa del juez de grado recaída en este proceso—, fue quien motivó a los amparistas a iniciar el presente juicio para obtener la tutela de su derecho a gozar de un ambiente sano (arts. 26 y 30, CCBA). Por lo tanto, las costas de primera instancia deben imponerse en su totalidad al GCBA, mientras que las restantes deben ser distribuidas en el orden causado (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Otra vez debo señalar la impropiedad de la utilización de la acción de amparo con el objeto de cuestionar ciertos actos de la Administración, en reemplazo de los procesos ordinarios de conocimiento correspondientes, idóneos para debatir los extremos controvertidos en esta causa y desarrollar, eventualmente, críticas constitucionales, a fin de lograr una solución administrativa o judicial para ello (ver mis votos *in re* “Rojt, Julio M. y otra s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Rojt, Julio M. y otros c/ Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/ amparo [art. 14, CCABA]’”, expte. n° 2689/03, sentencia del 21 de abril de 2004; “Minian, Mario Víctor s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Minian, Mario Víctor c/ GCBA s/ amparo [art. 14, CCABA]’”, expte. n° 2799/04, resolución del 9 de junio de 2004; más recientemente: “Dr. Ricardo Monner Sans c/ GCBA s/ amparo [art. 14 CCABA] s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 4809/06, y su acumulado expte. n° 4313/05, “Lotería Nacional Sociedad del Estado s/ queja por recurso de apelación ordinario denegado en ‘Dr. Ricardo Monner Sans c/ Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/ otros procesos incidentales’”, resolución del 6 de octubre de 2006, entre múltiples otros casos).

Antes bien, debo recordar que esta simplificación judicial, en causas en las cuales la cuestión de hecho y la situación real de los afectados tiene importancia mayúscula, provoca problemas insolubles a la hora de dictar sentencia.

2. En tanto el pronunciamiento de la Cámara avala la sentencia del juez de grado que, expresamente, para decidir, funda y declara inconstitucional un acto normativo de la Administración (art. 7, Anexo VI, decreto nº 1352-GCBA-2002), esto es, se pronuncia en contra de la validez constitucional de un acto administrativo de alcance general de la Ciudad de Buenos Aires, por lesionar la Constitución en los artículos que esa misma sentencia menciona, el recurso de inconstitucionalidad resulta procedente, en este caso para la Administración, que sufre el desmedro de la invalidez de un acto propio.

Conforme al carácter del procedimiento (amparo), sólo en esa medida es formalmente procedente el RI.

3. Materialmente, en cambio, resulta claro que quienes se amparan tienen derecho a la producción de un informe de impacto ambiental, pues el párrafo IV del art. 26 de la CCBA concede a “[t]oda persona ... [el] derecho, a su solo pedido, a recibir libremente [??] información sobre el impacto que causan o pueden causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas” (énfasis agregado).

De tal manera, el reclamo de los accionantes debe proceder, en el sentido de que la Administración debe proporcionarles un informe serio sobre el impacto ambiental, para que ellos vean satisfecho el derecho cuyos alcances he transcripto *supra* y procedan, con esa información, según entiendan corresponder.

En cambio, no puede ser confirmado el deber de realizar una audiencia pública, pues no es esa actividad aquella que la norma constitucional impone.

El GCBA puede dictar los actos administrativos que desee, incluso disponer edificar en los terrenos que le pertenecen, pero, en todo caso, si eventualmente provoca un daño ambiental, corre con el riesgo de que la actividad deba cesar o de que le sea impuesta la obligación de recomponer (CCBA, 26, II), tras un proceso de conocimiento que ataque el acto administrativo ejecutado.

4. Esto es lo único que debe resolver un amparo y, en particular, el amparo concreto que examinamos. Los amparistas se quejan porque no reciben una información que la Constitución prevé de manera directa (CCBA, 26, IV). Se trata, entonces, de una demanda por omisión de un acto que, según la Constitución local, debe realizar el Gobierno más allá de la calificación que merezca la actividad que él ha ordenado. No se trata, en cambio, de declarar inconstitucional norma alguna, sino de imponerle al Gobierno la condena de obrar como lo prevé la Constitución.

Me parece que aquí la discusión ha ido, parcialmente, por otros carriles, vías que, incluso, no prestaron atención al tipo de procedimiento utilizado y al resultado posible por medio de ese procedimiento.

5. Por las consideraciones que anteceden, propongo el siguiente dispositivo:

- a) Confirmar la sentencia de Cámara y, a través de ella, la de primera instancia, en tanto le impone al Gobierno la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental con el fin de informar seriamente sobre el punto a quienes lo han pedido.
- b) Rechazar materialmente el recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia, en tanto declara de oficio la inconstitucionalidad del art. 7, Anexo VI, del decreto nº 1352-GCBA-2002, y le impone al Gobierno la realización de una audiencia pública.
- c) Las costas del proceso deben ser soportadas por su orden (art. 14, cuarto párrafo, CCBA).

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

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, **revocar** la sentencia recurrida y **declarar abstracto** el proceso.

2. Imponer las costas de primera instancia al Gobierno de la Ciudad y las restantes en el orden causado.

3. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan la actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones.