



Expte. n° 15955/18 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: N. B. H. c/ GCBA s/ amparo – educación – vacante”

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

Resulta:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) acude en queja (fs. 52/59) contra la sentencia que denegó su recurso de inconstitucionalidad.

2. La señora N. B. H., en representación de su hijo menor de edad, inició una acción de amparo a los fines de que se ordenara al GCBA que incorporara al menor en un establecimiento público con jornada completa dentro de un radio razonable de su domicilio, o en su defecto —subsidiariamente— en un establecimiento de gestión privada u otra solución alternativa. Relató que inscribió al niño en la “sala de 2 años” en determinados establecimientos educativos, y que el día 17/11/2017 se asignaron las vacantes, negándole la correspondiente a su hijo. En este sentido, sostuvo que el GCBA no garantizó al niño el derecho de acceso a la educación (conf. relato de los pronunciamientos de fs. 3 y 23).

3. En su contestación de demanda, el GCBA solicitó la conexidad de esta causa con el expte. n° 23360/0: *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)*. Además, sostuvo que la asignación de vacantes para el ciclo lectivo 2018 se había llevado a cabo a través del sistema de inscripciones en línea. Alegó que no se había negado una vacante al hijo de la actora, sino que se había aplicado, a los fines de la asignación de vacantes, el orden de prioridades establecido en la resolución n° 3571/MEGC/15, luego de lo cual no se había contado con vacantes disponibles en los establecimientos y franja horaria solicitados. Finalmente, destacó que el proceso de inscripción y reacomodamiento aún se encontraba vigente y que, si bien el niño se encontraba en lista de espera, podría surgir alguna alternativa para ofrecerle a la familia (conf. relato de fs. 3/4).

4. El juez de primera instancia desestimó el pedido de conexidad del demandado. Asimismo, hizo lugar a la acción de amparo, y ordenó al GCBA que en el plazo de cinco (5) días presentara una propuesta tendiente a asignar vacante al niño en la sala de 2 años de nivel inicial

(jardín maternal), en uno de los establecimientos seleccionados por su progenitora al efectuar las preinscripciones. En caso de no ser ello factible, ordenó que dentro del mismo plazo el GCBA propusiera la asignación de una vacante en un establecimiento dentro de un radio razonable del domicilio particular de la amparista. Y finalmente, si ello no fuera posible, en un establecimiento público ubicado dentro de los distritos escolares aledaños. Para resolver de esta forma, citó jurisprudencia de las tres salas del fuero, según la cual se sostuvo que la Ciudad había asumido constitucionalmente el deber de garantizar la educación a partir de los 45 días y hasta el nivel superior; y que alegar el funcionamiento del mecanismo de asignación de vacantes previsto en el reglamento escolar era contradictorio, en principio, con postular que el GCBA había cumplido con la normativa vigente cuando el menor se encontraba en lista de espera (fs. 3/5 vuelta).

5. Apelada la sentencia por ambas partes (ver fs. 6/21 y el relato de la Cámara a fs. 23), la Sala I de la Cámara resolvió: Rechazar el recurso de apelación del GCBA, con costas, hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, y “modificar el alcance de la condena en los términos expuestos en el considerando VIII” (fs. 23/32 vuelta).

En cuanto a la modificación de la condena, el considerando VIII reza: “ordenar a la demandada que —en el plazo de cinco (5) días hábiles a partir de la notificación de esta resolución, conceda la vacante con el alcance establecido por el *a quo* en la resolución de fs. 80/82 y vta., es decir, en los centros educativos elegidos como primera opción por la demandante. En su defecto, presente en el juzgado de primera instancia una propuesta tendiente a asignar una vacante en establecimientos educativos de gestión estatal dentro de un radio de diez (10) cuadras del domicilio real denunciado; o, en caso de imposibilidad, fuera de dicho radio, quedando a cargo de la demandada garantizar el traslado de la menor y un acompañante, mediante el sistema que determine el señor juez de la instancia de grado, previa conformidad de los responsables de la niña sobre ambas cuestiones, a saber: la vacante asignada y el sistema de traslado. Si todavía persistiera la imposibilidad de brindar una vacante o la falta de consentimiento de los adultos responsables, corresponderá la asignación de una vacante en una escuela infantil o jardín de infantes de gestión privada, sala de dos (2) años, jornada completa, previo acuerdo de los representantes legales. Finalmente, teniendo en cuenta que se encuentra en curso el ciclo lectivo 2018 cabe dejar asentado que deberán tenerse en cuenta las pautas establecidas en el presente resolutorio a los fines de la asignación de la vacante que solicitó la aquí actora” (fs. 29).



Expte. nº 15995/18

6. Disconforme con lo decidido, el GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 33/42).

Una vez contestado el traslado por la parte actora (conf. relato de la Cámara a fs. 50) y respondida la vista por la Asesoría Tutelar (fs. 65/69 vuelta), la Sala I denegó el recurso del GCBA con fundamento en la inexistencia de un caso constitucional (fs. 50/51 vuelta).

Ello motivó la queja referida en el punto 1 de este relato.

7. La Asesoría General Tutelar opinó que correspondía rechazar la queja (fs. 70/73). Por su parte, el Fiscal General Adjunto propició en su dictamen hacer lugar a la queja del GCBA, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida (fs. 75/78).

Fundamentos:

La jueza Marcela De Langhe dijo:

1. La queja del GCBA fue presentada dentro del plazo de ley y contiene una crítica suficiente de la resolución interlocutoria que declaró inadmisibile el remedio extraordinario que pretende sostener.

La sentencia contra la que se alza este último recurso es la definitiva y fue dictada por el superior tribunal de la causa. Asimismo, el recurrente logra fundar un caso constitucional, ya que sus agravios se sustentan en el derecho de defensa en juicio, el principio de legalidad, de división de poderes, de propiedad y el alcance que cabe dar a la garantía al acceso a la educación (art. 32 de la Ley 402, texto consolidado por Ley 6017). En consecuencia, corresponde dar tratamiento al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la demandada.

2. El análisis de los agravios expuestos por el GCBA exige, en primer término, analizar el marco normativo que regula el derecho a la educación para establecer, en concreto, cuál es el alcance del derecho de acceso a una vacante en el nivel inicial del sistema educativo de gestión pública y cuáles son las obligaciones estatales en esta materia.

2.1. **La Constitución Nacional** contempla en el artículo 14, entre los derechos de los que gozan los habitantes de la Nación “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, el derecho de aprender.

Por su parte, son diversos los **tratados internacionales** con rango constitucional que se refieren al derecho a la educación. El Artículo XII de la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** reza: “*Toda persona tiene derecho a la educación, la que*

debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas. (...) Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos”. El artículo 26 apartado 1 de la **Declaración Universal de Derechos Humanos** establece que “Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos”. El artículo 13 del **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** consagra que: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. (...) 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita (...)”. La **Convención sobre los Derechos del Niño** afirma, en su artículo 28, que “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente, y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad...”

2.2. La normativa federal aplicable a la materia se complementa con las leyes **26.075** y la ley **26.206**. La primera de estas leyes, sancionada en diciembre de 2005, estableció que el Gobierno Nacional, los gobiernos provinciales y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debían incrementar la inversión en educación entre los años 2006 y 2010 (art. 1), destinando los fondos, prioritariamente, al logro de ciertos objetivos enumerados en el artículo 2 entre los que se encontraba “a) Incluir en el nivel inicial al CIEN POR CIENTO (100%) de la población de CINCO (5) años de edad y asegurar la incorporación creciente de los niños y niñas de TRES (3) y CUATRO (4) años, priorizando los sectores sociales más desfavorecidos”.



Expte. nº 15995/18

Más tarde, en diciembre de 2006, fue aprobada la ley 26.206 de Educación Nacional. Conforme su artículo 1, esta ley es reglamentaria del derecho de enseñar y aprender consagrado por el artículo 14 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella. El artículo 4 establece que *“El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias”*.

El artículo 11 de la ley enumera los objetivos de la política educativa nacional, entre los que se consignan: *“e) Garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad; (...) h) Garantizar a todos/as el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de los diferentes niveles del sistema educativo, asegurando la gratuidad de los servicios de gestión estatal, en todos los niveles y modalidades”*.

Por otra parte, el artículo 14 consigna que *“el Sistema Educativo Nacional es el conjunto organizado de servicios y acciones educativas reguladas por el Estado que posibilitan el ejercicio del derecho a la educación. Lo integran los servicios educativos de gestión estatal y privada, gestión cooperativa y gestión social, de todas las jurisdicciones del país, que abarcan los distintos niveles, ciclos y modalidades de la educación”*

Más adelante, el artículo 16 de la ley establece que *“la obligatoriedad escolar en todo el país se extiende desde la edad de cuatro (4) años hasta la finalización del nivel de la educación secundaria”*, y el artículo 18 —conforme el texto aprobado por la ley 27.045— afirma que *“la educación inicial constituye una unidad pedagógica y comprende a los/as niños/as desde los cuarenta y cinco (45) días hasta los cinco (5) años de edad inclusive, siendo obligatorios los dos (2) últimos años”*. El artículo 19 agrega que *“El Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la obligación de universalizar los servicios educativos para los/as niños/as de tres (3) años de edad, priorizando la atención educativa de los sectores menos favorecidos de la población”*. En el mismo sentido, el artículo 21 consagra que *“El Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad de: a) Expandir los servicios de educación inicial (...) c) Asegurar el acceso y la permanencia con igualdad de oportunidades, atendiendo especialmente a los sectores menos favorecidos de la población”*.

2.3. En el ámbito local, la Constitución de la Ciudad asevera en su artículo 24 que *“La Ciudad asume la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la educación pública, estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades, a partir de los cuarenta y cinco días de vida hasta el nivel superior, con carácter obligatorio desde el preescolar hasta completar diez años de escolaridad o el período mayor que la legislación determine. Organiza un sistema de educación administrado y fiscalizado por el Poder Ejecutivo que, conforme lo determine la ley de educación de la Ciudad, asegure la participación de la comunidad y la democratización en la toma de decisiones. (...)”*.

La **ley 114**, de Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, establece en su artículo 7 que *“El Gobierno de la Ciudad adopta medidas legislativas, administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos a niños, niñas y adolescentes por normas jurídicas, operativas o programáticas (...)*. El artículo 29 de la ley, dedicado específicamente al derecho a la educación, detalla bajo el título de “Garantías mínimas”: *“a) el acceso gratuito a los establecimientos educativos de todos los niveles”*.

Finalmente, la **ley 898** consagró —con anterioridad a la sanción de la ley 26.026— la obligatoriedad de la educación *“hasta la finalización del nivel medio, en todas sus modalidades y orientaciones. La obligatoriedad comienza desde los cinco (5) años de edad y se extiende como mínimo hasta completar los trece (13) años de escolaridad”* (conf. art. 1).

3. Del marco normativo reseñado se desprende que el Gobierno de la Ciudad tiene múltiples obligaciones en materia de provisión de vacantes en el sistema educativo público.

3.1. En términos generales, el Estado local tiene una obligación básica de *financiar el sistema de educación pública* (conf. art. 1 de la ley 26.075, art. 9 de la ley 26.206, art. 24 de la Constitución de la Ciudad). Las leyes nacionales citadas establecieron, incluso, el piso de recursos que los Estados federal y locales deben aportar al sostenimiento del sistema educativo.

Al mismo tiempo la educación provista en los establecimientos públicos debe ser *gratuita*; esto es, existe una prohibición legal para imponer aranceles en los establecimientos públicos, que se desprende de los arts. 1 y 11 inciso h) de la ley 26.206 en tanto asegura *“la gratuidad de los servicios de gestión estatal, en todos los niveles y modalidades”*; el artículo 24 de la CCABA, que consagra la *“educación pública, estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades”*; disposición que se encuentra reiterada en el artículo 29 de la ley 114, conforme el cual la



Expte. n° 15995/18

Ciudad garantiza el “*acceso gratuito a los establecimientos educativos de todos los niveles*”.

Estas dos obligaciones generales —la de organizar el servicio de educación pública y la de prestar este servicio en forma gratuita— se aplican a todos los niveles del sistema educativo, desde los cuarenta y cinco días hasta la educación superior.

3.2. Ahora bien, establecido que el Estado debe financiar instituciones educativas públicas de todos los niveles, la extensión de las obligaciones vinculadas al servicio varía de acuerdo a una división básica que consagran la mayoría de las normas citadas entre educación *obligatoria* y *no obligatoria*.

a) Educación obligatoria. Para determinados niveles el régimen jurídico prevé la obligatoriedad de la educación. La obligatoriedad supone una doble fuente de deberes: por un lado, el concerniente a las familias de mantener a los niños, niñas y adolescentes escolarizados durante todo el trayecto obligatorio, y por otro lado supone el del Estado de proveer vacantes gratuitas para todos los habitantes de la jurisdicción que lo soliciten. Así, la mayor parte de las normas internacionales citadas asocian la obligatoriedad de la educación —que debe alcanzar al menos a la educación elemental o primaria— con la gratuidad; el artículo XII de la DADDH consagra el derecho a la gratuidad de la educación primaria; el artículo 26 de la DUDH establece que la “instrucción elemental” debe ser obligatoria y gratuita; el artículo 13 del PIDESC afirma que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente y la Convención sobre los Derechos del Niño reitera en su artículo 28 que los Estados deben implementar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos.

En el tramo de la educación obligatoria existe, entonces, una obligación actual e inmediata de provisión universal de vacantes, entendiendo que la universalidad comprende a todos los niños, niñas y adolescentes que residan en la CABA y soliciten su incorporación al sistema público de educación.

En la Ciudad, la obligatoriedad de la educación está prevista en el artículo 24 de la CCABA y en la ley 898. La primera de estas normas asevera que la educación es obligatoria “*desde el preescolar hasta completar diez años de escolaridad o el período mayor que la legislación determine*”, y la segunda de las normas amplió este período al establecer que la obligatoriedad de la educación comienza a los cinco años y se extiende hasta la finalización del nivel medio (conf. art. 1 de la Ley 898).

Posteriormente, la Ley de Educación Nacional N° 26.206 contempló, en su artículo 16, que la educación obligatoria se extiende desde los cuatro años hasta el fin de la escuela media, y el artículo 18 rei-

tera que son obligatorios los dos últimos años de educación inicial (4 y 5 años).

b) Educación no obligatoria. En los restantes tramos del sistema educativo, la educación es no obligatoria. Esto implica en primer lugar que familias e individuos no están sujetos a la obligación de escolarización, sino que pueden optar por la incorporación al sistema educativo; esto se verifica para los primeros años de la educación inicial y para la educación superior, ya que la obligatoriedad se extiende hasta el fin de la escuela media.

Como ya se señaló, el Estado también tiene obligaciones respecto al mantenimiento del sistema de educación no obligatoria. En consecuencia, el estado local debe organizar un servicio público de educación laica y gratuita no obligatoria desde los cuarenta y cinco días hasta los tres años y para el nivel superior y no puede optar por dejar de brindar este servicio, ni puede imponer aranceles en su prestación.

Ahora bien, el marco jurídico reseñado más arriba contiene numerosas referencias a los criterios que deben utilizarse para ponderar el acceso de los alumnos a los niveles no obligatorios, criterios que están ausentes en las referencias a la educación obligatoria porque, justamente, aquí el acceso ha de ser universal. Así, en relación a la educación superior no obligatoria, el artículo 26 de la DUDH establece que *“el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos”*; el artículo 13 del PIDESC consagra que *“La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”*; el artículo 28 inciso c) de la Convención sobre los Derechos del Niño afirma que los Estados deben, progresivamente, *“Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados”*. En resumen, las normas consagran el criterio coincidente conforme el cual en la educación superior, la asignación de vacantes debe efectuarse exclusivamente en función al mérito individual de los estudiantes.

Los pactos internacionales no contemplan disposiciones específicas aplicables a la educación inicial; sin embargo estas sí están previstas en la Ley de Educación Nacional N° 26.206. En primer lugar la ley establece en su artículo 11 que es un objetivo de la política pública en materia de educación *“Garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad”*; a continuación el artículo 19 establece que los Estados federal y locales tienen la obligación de universalizar los servicios educativos para los/as niños/as de tres (3) años *“priorizando la atención educativa de los sectores menos favorecidos de la población”*; en el mismo



Expte. nº 15995/18

sentido, el artículo 21 consagra la obligación para los gobiernos mencionados de *“expandir los servicios de educación inicial”* y asegurar el acceso y permanencia con igualdad de oportunidades *“atendiendo especialmente a los sectores menos favorecidos de la población”*.

3.3. En suma, las normas que consagran prioridades de atención a determinados grupos poblacionales —los grupos más vulnerables en caso de la educación inicial— o criterios de acceso y permanencia —el mérito o la capacidad en el caso de la educación superior— permiten entender que en estos tramos la obligación estatal de provisión de vacantes en el sistema público no tiene las mismas características que en el tramo de educación obligatorio. En relación a la primera, si bien el Estado tiene el mandato de extender la educación inicial —y en particular la correspondiente a los tres años—, no tiene la obligación inmediata de proveer una vacante a todo aquél que la solicite con independencia de su condición social o de sus posibilidades de procurarse una vacante en el subsistema privado. Es por eso que las leyes, repetidamente, refieren a la prioridad que ha de otorgarse a los hogares de menores recursos en el acceso a la educación inicial, prioridad que no tendría sentido si la obligación de provisión de vacantes en el sistema público fuese universal.

4. Por otro lado, aún si se interpreta que la obligación de expandir la educación inicial debe conducir a la universalidad, ninguna norma legal ha establecido —a diferencia de lo que ocurre con la educación obligatoria— en qué plazo temporal debe llevarse a cabo el rediseño del sistema educativo para garantizar la provisión universal de vacantes en este tramo. Y es importante recordar que esa decisión depende no sólo del poder Ejecutivo sino —y principalmente— del Legislativo, el cual deberá contemplar en las sucesivas leyes de presupuesto los ingentes montos necesarios para la construcción, puesta en funcionamiento, mantenimiento y dotación de personal de los nuevos establecimientos.

El Poder Legislativo tiene dos modos de establecer la velocidad de desarrollo de esta política pública: por un lado puede fijar un plazo expreso —tal cual lo hizo en el artículo 2 de la ley 898 al consagrarse la obligatoriedad de la educación media— o puede fijar implícitamente la prioridad que asigna a esa ampliación al votar anualmente las leyes de presupuesto y el plan plurianual de inversiones. En todos los casos, los cuantiosos recursos que requiere la ampliación del sistema de educación inicial deben provenir sea de un incremento de la masa de recursos de la ciudad o de la reasignación de los fondos destinados a otras políticas públicas. La elección entre estas dos decisiones compete úni-

ca y exclusivamente al Poder Legislativo [conf. arts. 9 inciso 1, arts. 51, 53, 80 inciso 2 ap. a), 80 incisos 12 y 15, 81 inciso 9 de la CCABA].

Esto no equivale a afirmar que sea una decisión discrecional de la Legislatura el financiar o no un sistema de educación inicial; no puede eliminar el servicio ni reducir sus vacantes mientras los habitantes de la Ciudad sigan optando por utilizarlo, y debe tender al cumplimiento progresivo del mandato de ampliación del sistema en tanto exista demanda insatisfecha, pero para cumplir esto debe decidir en qué plazo se lleva a cabo la ampliación del servicio y en qué prioridad se coloca esta política respecto al resto de las políticas y los servicios que se nutren con el presupuesto público. En otras palabras, el Poder Legislativo debe decidir quién y en qué plazo asumirá los costos de la ampliación del sistema de educación inicial, si lo harán ciertos contribuyentes a través de una mayor recaudación tributaria o si lo harán los destinatarios de otras políticas públicas menos prioritarias, cuyos recursos se verán reorientados hacia la ampliación del sistema educativo.

5. Ahora bien, mientras el Poder Legislativo no asigne los fondos suficientes para la universalización del sistema público de educación inicial, el Poder Ejecutivo debe gestionar las vacantes disponibles en el sistema y asignarlas conforme a algún criterio de prioridad público y transparente, a fin de resguardar la igualdad de trato entre todos los aspirantes en igualdad de condiciones.

5.1. La Legislatura de la Ciudad no ha establecido con qué prioridad han de ser asignadas las vacantes del sistema de educación inicial. Sin embargo, pueden inferirse de otras normas constitucionales principios de interpretación que sirven de guía para establecer prioridades armónicas con el sistema legal vigente. Así, el artículo 17 CCABA que integra el capítulo Disposiciones Comunes del Título Segundo, Políticas Especiales, afirma que *“La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”*. Este principio constitucional debe guiar la interpretación de la política pública en materia de educación —comprendida dentro de ese Título— y determina que, ante la inexistencia de vacantes suficientes para cubrir la demanda producto de las elecciones que los ciudadanos efectúan libremente, las vacantes disponibles sean destinadas a los sectores de menores recursos.

Esta interpretación se fortalece con la reglamentación legal contemplada en la ley 4036, que establece en su artículo 1 que *“La presente Ley tiene por objeto la protección integral de los Derechos Socia-*



Expte. nº 15995/18

les para los ciudadanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, priorizando el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno de la Ciudad de acuerdo con los principios establecidos en los artículos 17 y 18 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires”.

Asimismo, estas normas concuerdan con lo establecido en la Ley de Educación Nacional, que al referirse específicamente a la educación inicial consagra en diversos artículos una prioridad a favor de los grupos más vulnerables [conf. arts. 11, 19 y 21 de la ley 26.206, ver punto 3.2 apartado b) *in fine* de este voto].

5.2. La prioridad en el acceso a las personas que se encuentran en situación de pobreza o exclusión cumple con el programa contenido tanto en el Preámbulo de la Constitución Nacional como en el de la Constitución de la Ciudad. En efecto, el acceso prioritario de los sectores más desfavorecidos a la educación pública y gratuita no obligatoria conduce al objetivo de garantizar que estas personas se encuentren en la mejor situación posible para superar su vulnerabilidad, ya que el acceso al sistema educativo es la principal herramienta que puede fortalecer sus capacidades en orden a maximizar su grado de autonomía individual, entendida como la capacidad de elegir y llevar adelante el propio proyecto de vida. En suma, contribuye a *“promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad”* fortaleciendo el desarrollo humano y la efectiva vigencia de los valores de igualdad y solidaridad y garantizando la dignidad de todos los habitantes de la Ciudad.

De más está decir que esta interpretación del marco normativo vigente no quita que se considere altamente deseable y socialmente beneficioso que el sistema público de educación inicial tuviese la dimensión necesaria para acoger a todos los alumnos cuyas familias quisiesen enviarlos a la escuela pública, ya que tal mixtura constituye y construye el tejido social básico e imprescindible para conformar una sociedad igualitaria, heterogénea, diversa y tolerante. Pero el modo y la oportunidad de concreción de este ideal social no corresponde a los jueces, sino al Poder Legislativo, el que deberá decidir, al mismo tiempo —y frente a la inexorable realidad de la finitud de los recursos públicos— cómo se financia tal ampliación del sistema. Lo que sí corresponde al Poder Judicial es verificar que, mientras el sistema no cuente con la cantidad de vacantes suficientes para albergar la totalidad de la demanda, las vacantes existentes se asignen conforme lo establece el sistema jurídico vigente.

6. Las normas constitucionales y legales no contemplan otra prioridad más que aquella genérica ya analizada a favor de los grupos más vulnerables. Ante la falta de normas operativas y de detalle, las re-

glas de asignación las vacantes de los establecimientos de educación inicial han sido fijadas por disposiciones reglamentarias emitidas por el Poder Ejecutivo.

Así, el Anexo de la Resolución 3.337/MEGC/2013 —conforme la modificación introducida por la Resolución 3571/MEGC/2015— establece:

“Artículo 42. Las vacantes se asignarán de acuerdo a las prioridades de ingreso que se indican a continuación:

Prioridades de ingreso de primer orden:

1. Responsable principal del aspirante trabaja en una institución bajo convenio.

2. Aspirantes que tienen hermanos/as que son alumnos/as regulares de una escuela que funciona en el mismo edificio educativo y que: 2.a. Asisten al mismo Jardín al que se preinscribe. 2.b. Asisten a la escuela primaria que comparte edificio con el Jardín al que se preinscribe.

3. Aspirantes cuyo responsable principal se desempeña como Personal: 3.a. En el jardín al que se preinscribe. 3.b. En la escuela primaria que comparte edificio con el Jardín al que se preinscribe.

4. En Jardines Maternales y Escuelas Infantiles, aspirantes cuyo responsable principal es alumna/o inscripta/o en el Programa Alumnas/os Madres/Padres (Resolución N° 1729/06), siempre que el aspirante se preinscriba en el mismo horario al que el responsable concurre a la Escuela Primaria o Secundaria (en cualquiera de sus modalidades).

5. Aspirante cuyo responsable principal se desempeña como Docente: 5.a. En algún establecimiento educativo de Gestión Estatal del Ministerio de Educación con una carga horaria no menor a dieciséis (16) horas cátedra, sea Titular o Interino y con un mínimo de antigüedad en la jurisdicción no inferior a dos (2) años, en el mismo distrito escolar al que se preinscribe. En el caso de los docentes Suplentes, con una carga horaria no menor a dieciséis (16) horas cátedra, y un mínimo de antigüedad en el mismo cargo/horas no inferior a tres (3) años y en el mismo establecimiento educativo, en el mismo distrito escolar al que se preinscribe. 5.b. En algún establecimiento educativo de Gestión Estatal del Ministerio de Educación con una carga horaria no menor a dieciséis (16) horas cátedra, sea Titular o Interino y con un mínimo de antigüedad en la jurisdicción no inferior a dos (2) años, cuyo domicilio particular declarado sea en el mismo distrito escolar al que se preinscribe. En el caso de los Suplentes, con una carga horaria no menor a dieciséis (16) horas cátedra, y un mínimo de antigüedad en el mismo cargo/horas no inferior a tres (3) años y en el mismo establecimiento educativo, cuyo domicilio particular declarado sea en el mismo distrito escolar al que se preinscribe.



Expte. nº 15995/18

Cubierto el segmento de aspirantes, de acuerdo al orden dispuesto por las prioridades de primer orden, con el excedente de vacantes (si las hubiera) ingresa el resto de los aspirantes según el siguiente orden de prioridades:

6. Dentro del universo de aspirantes que declaran domicilio en el radio de 10 cuadras de la escuela: 6.a. En establecimientos de Jornada Completa y/o Extendida, aspirantes domiciliados en hoteles familiares o pensiones. En establecimientos de Jornada Completa, Maternales y/o Escuelas Infantiles, aspirantes con necesidades básicas insatisfechas (NBI). 6.b. Responsable principal es único sostén de familia, con domicilio de trabajo en el radio de la escuela, para Jornada Simple o Completa. 6.c. El resto de los aspirantes que declaran domicilio en el radio de la escuela y no declaran una situación particular.

7. Aspirantes con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuyo responsable principal tenga su sede de trabajo en un radio de diez (10) cuadras de la escuela.

8. Aspirantes con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

9. Aspirantes con domicilio en la Provincia de Buenos Aires, cuyo responsable principal tenga su sede de trabajo en un radio de 10 cuadras de la escuela.

10. Aspirantes con domicilio en la Provincia de Buenos Aires.

Artículo 43. A los efectos de la aplicación de las reglas de priorización, se entiende por institución bajo convenio, aquella que tiene vinculación institucional con el Ministerio de Educación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En este sentido, los convenios establecidos implican un acuerdo entre el Ministerio de Educación y un organismo del Gobierno de la Ciudad, de Provincia o de la Nación, o bien, un organismo no gubernamental, por el cual el Ministerio de Educación se compromete a prestar servicios educativos y, por otro lado, la institución que es parte del acuerdo se compromete a brindar o procurar el espacio físico para ofrecer los servicios de jardín.

En el marco del convenio, se otorga a la institución respectiva, un porcentaje de la distribución de vacantes en el establecimiento educativo que sea objeto del convenio. El porcentaje es variable, y dependerá del convenio específico con cada institución”.

Este reglamento administrativo tiene presunción de legitimidad (conf. art. 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos, Decreto 1510/97, texto consolidado por Ley 6017). Quien esgrima un mejor derecho que el que el reglamento le otorga deberá demostrar su ilegitimidad.

7. En suma, quien no pruebe tener un mejor derecho que los grupos a los que asignan prioridad el artículo 17 de la CCABA, el artículo 1 de la ley 4036 y el reglamento administrativo contenido en el Anexo de la Resolución 3337/MEGC/2013, no podrá exigir su admisión en una de las vacantes existentes en el sistema público de educación inicial si las vacantes no son suficientes para albergar, en primer lugar, a aquellos grupos con mayor prioridad.

8. Sentado que no existe una obligación gubernamental de proveer vacantes en el nivel inicial no obligatorio del sistema educativo de gestión pública para todo aquél que lo solicite, sino que el deber estatal comprende la asignación de las vacantes existentes de acuerdo al régimen de prioridades que establece la normativa vigente, corresponde analizar si existe un derecho para cualquier habitante de la Ciudad a obtener un subsidio para abonar una vacante en una institución inicial de educación privada.

8.1. El análisis de esta cuestión puede abordarse de dos modos distintos: a) Si cualquier habitante de la CABA puede optar entre obtener una vacante en el sistema público de educación o un subsidio para abonar una cuota de una institución privada; b) Si existe un derecho de quien no ha obtenido una vacante en una institución pública de educación no obligatoria por no encontrarse en un grupo prioritario, de recibir un subsidio para abonar una cuota en una institución privada.

Como se explicará a continuación, ambas cuestiones deben tener una respuesta negativa.

8.2. Analicemos el primero de los puntos planteados. Quien obtiene una vacante en el sistema público de educación en virtud del orden de prioridades establecido puede optar por utilizar la vacante o concurrir a su costo a una institución privada. No puede pretender optar entre utilizar la vacante en el sistema público o exigir al Estado el pago de una cuota en el sistema privado, aunque considere —e incluso demuestre— que le resulta más conveniente la asistencia a la institución privada. No existe ninguna norma legal ni reglamentaria que establezca tal derecho.

8.3. En el segundo supuesto tampoco existe un derecho al subsidio. Como se ha analizado más arriba, la normativa vigente determina qué prioridades han de respetarse a la hora de asignar las vacantes disponibles en los niveles de educación no obligatoria, pero ninguna norma establece que quien no resulta adjudicatario de una vacante —por integrar un grupo con prioridad menor a la de aquéllos a quienes se les asigna— pueda reclamar el pago de una cuota para asistir a una



Expte. n° 15995/18

escuela privada. Orientar recursos públicos a este fin sin una norma expresa que establezca tal subsidio ni una partida presupuestaria destinada a financiarlo implica contravenir las prioridades fijadas normativamente para el gasto público en educación y que consagran, se reitera, que los fondos públicos deben destinarse, ante todo, a mejorar la situación educacional de los grupos más pobres.

Es que el deber que el artículo 29 inciso a) de la ley 114 impone en cabeza del Estado local, al estipular como una *“garantía mínima”* *“el acceso gratuito a los establecimientos educativos de todos los niveles”* no puede interpretarse como la garantía de que el Estado, ante la mera petición de cualquier habitante, solventará el costo de su educación privada no obligatoria. Como ya se ha explicado, esta interpretación no tiene asidero en la normativa y contraviene expresas disposiciones legales y constitucionales. En definitiva, la *“garantía mínima”* consiste en que el Estado asegure la escolarización no obligatoria de los niños provenientes de aquellos hogares que, en virtud de su situación de pobreza o exclusión, no pueden afrontar tal costo por sí mismos y, por lo tanto, dependen de la obtención de una vacante en el sistema público como única alternativa posible para la escolarización de los menores.

8.4. Por otra parte, el otorgamiento de un subsidio en cualquiera de las dos hipótesis anteriormente analizadas por medio de una sentencia a un actor determinado configura una violación al principio de igualdad y se constituye en un privilegio intolerable, ya que es un beneficio económico que no se ofrece ni otorga en forma generalizada a quienes se encuentran en iguales circunstancias. En efecto, para respetar el principio de igualdad, este subsidio debería extenderse a todos los habitantes de la Ciudad en iguales condiciones. Ahora bien, pretender que cualquier habitante de la Ciudad que no integra un grupo prioritario de los antes citados pueda reclamar que el Estado cubra el costo de la educación inicial de los niños o niñas a su cargo en el sistema educativo privado equivale, en definitiva, a sostener que el Gobierno de la Ciudad debería financiar todo el sistema de educación inicial —el de gestión pública y el de gestión privada— con fondos públicos, ya que de otro modo, el pago con fondos públicos de las cuotas de sólo algunas familias consagra una situación de desigualdad inaceptable.

Pero esta definición de política pública —que se sustenten exclusivamente con fondos públicos todos los establecimientos educativos de nivel inicial de la Ciudad— no sólo no tiene apoyo normativo, sino que se opone a lo explícitamente previsto en el artículo 25 de la CCA-BA que consagra que *“la Ciudad puede realizar aportes al funcionamiento de establecimientos privados de enseñanza, de acuerdo con los criterios que fije la ley, dando prioridad a las instituciones que reciban a los alumnos de menores recursos”*. Esto supone que los aportes que la

Ciudad realiza al sistema privado no abarcan ni a la totalidad de las instituciones, ni cubren la totalidad de los gastos de funcionamiento, ni garantizan la gratuidad de los establecimientos privados.

8.5. En suma, otorgar un subsidio orientado a abonar la cuota de una institución privada de educación inicial a quien no ha demostrado encontrarse dentro de los grupos prioritarios antes mencionados no tiene asidero normativo en la legislación vigente y se constituye en un privilegio injusto, ya que obliga a asignar fondos públicos destinados a otros fines al financiamiento de quien no demuestra tener título suficiente para esa apropiación y en condiciones donde no se garantiza similar beneficio a todos los habitantes que se hallan en similar situación o podrían sostener un mejor o igual derecho.

9. Una vez analizado el alcance que corresponde otorgar a las obligaciones estatales en materia de financiamiento del sistema público de educación, corresponde estudiar el caso de autos a la luz de las consideraciones expuestas.

9.1. En su escrito de inicio, la actora relató que había solicitado vacante para su hijo —nacido el 20 de mayo de 2016— en una escuela de educación inicial de gestión estatal, petición que no habría sido atendida y, en subsidio, reclamó también que la demandada afrontase el costo de una vacante equivalente en un establecimiento de gestión privada. Al relatar los hechos explicó que existe un deber constitucional y legal en cabeza del Estado de satisfacer su pretensión en favor de todos los niños a partir de los cuarenta y cinco días de edad (fs. 1 vuelta/3 de los autos principales, a cuyo tenor me referiré salvo expresa mención en contrario).

La demandada contestó en su oportunidad que recibió las preinscripciones, y que su conducta se ajustó a los términos de lo establecido en la resolución n° 3.337-MEGC/2013 y sus modificatorias. Sustentó sus dichos en documentos que acompañó y que indican que la institución seleccionada por la actora en su preinscripción como su primera opción contaba *“con 40 vacantes disponibles”* para atender las *“165 solicitudes como primera prioridad y 277 inscripciones de personas que la seleccionaron en otro orden de prioridad”* (fs. 27). Explicó que todas las vacantes disponibles *“fueron asignadas a aspirantes con domicilio dentro del área del establecimiento”*, siendo *“18 de ellas asignadas a aspirantes (...con...) alguna condición de prioridad de ingreso de primer orden”* (fs. 27). En cuanto a los demás establecimientos preseleccionados indicó que *“la totalidad de vacantes disponibles se asignaron a aspirantes que seleccionaron las respectivas instituciones como primera prioridad, no llegando a asignarse a quienes la seleccio-*



Expte. n° 15995/18

naron en otro orden de prioridad” (fs. 27). En definitiva afirmó que “conforme el orden de prioridades mencionado ut supra, han accedido a dichos establecimientos, niños con mayores prioridades que quien reclama” (fs. 34 vuelta).

El juez de grado hizo lugar al amparo. Así ordenó otorgar la vacante requerida dentro de un radio razonable del domicilio.

Apelada la decisión, el tribunal de alzada la confirmó en lo sustancial, si bien precisó que la condena podía cumplirse mediante el otorgamiento de una vacante fuera del radio de diez cuadras del domicilio garantizando, a su vez, el traslado del menor con un acompañante, mediando conformidad de los padres. En caso de imposibilidad, la Cámara condenó al GCBA a afrontar el pago del costo de las cuotas mensuales de un establecimiento de gestión privada, previo acuerdo de los padres (fs. 174).

9.2. Asiste razón al GCBA en cuanto sostiene que la condena recurrida no constituye una derivación razonada del derecho vigente.

En efecto, en autos no se encuentra controvertido que el GCBA haya asignado las vacantes disponibles conforme el orden de prioridades establecido en la normativa vigente, ni la actora se ha propuesto acreditar la inconstitucionalidad de tal sistema de prevalencias.

Resulta por tanto arbitrario que el *a quo* omitiera aplicar la resolución n° 3.337/2013 y sus modificatorias. La norma reglamentaria incluye reglas específicas sobre la conducta que debe adoptar la Administración en el caso de que existiere una mayor demanda de vacantes que la disponibilidad existente. Dichas pautas no son —como entendió la Cámara— de naturaleza instrumental tecnológica sino sustantiva, pues indican quién o quiénes deben ser priorizados —por sobre los demás— en la asignación de vacantes.

Por otra parte, la actora no realizó una construcción argumental tendiente a explicar las razones por las que sería inconstitucional la priorización establecida en la norma aplicable al caso, pues tan solo invoca genéricamente su derecho a la educación, sin mencionar por qué lo considera frustrado en su caso particular.

Es que ni los magistrados de las instancias anteriores ni la actora en su demanda realizaron un desarrollo crítico de las normas que establecieron esa prioridad.

Insuficientes y tardías resultan las reflexiones incorporadas por la actora en su contestación al recurso de inconstitucionalidad, según las cuales constituiría *“un delito [...que...] se establezcan prioridades de acceso teniendo en cuenta la situación socioeconómica de las personas”*. A su juicio, *“ello vulneraría un tendal de tratados internacionales”* en orden a la afectación del derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación. En particular citó la Convención relativa a la Lucha

contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960, respecto a la prohibición de “*destruir o alterar la igualdad de trato en la enseñanza*”, en especial al “[e]xcluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza” y, adujo, al infringir la prohibición de “*mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos*” (fs. 206 y vuelta).

El planteo resulta extemporáneo, y no guarda relación con el resto de los argumentos volcados en la causa, puesto que la pretensión de autos nunca estuvo dirigida a cuestionar la juridicidad de los establecimientos educativos no estatales en la Ciudad, y mucho menos a sostener que su existencia tuviese otra finalidad que la de ampliar la oferta educativa, en especial no alegó ni probó que estuviese vinculada con la intención estatal de excluir ilegítimamente del “*acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza*” a un grupo de la población. Tanto así que la actora incluyó como pretensión subsidiaria a la principal que se condenase a la demandada a solventar los gastos de una vacante en uno de los establecimientos referidos. Por lo demás, ni aún aquí la actora se esforzó en explicar cuál sería su nivel socioeconómico, ni por qué —en razón de éste— resultaría concretamente excluida en su acceso al nivel inicial del sistema educativo.

Como se desarrolló en los puntos 3.2 y 3.3 de este voto, el Estado local no tiene una obligación inmediata de provisión universal de vacantes en los niveles no obligatorios del sistema de educación de gestión pública a cualquier habitante que lo solicite, con independencia de su situación, y la actora no ha expuesto por qué razones su caso merecía un distinto tratamiento. Esta circunstancia es suficiente para descartar la proposición de la actora respecto a que en su caso se conculcó el derecho a la educación.

9.3. Tampoco se ha alegado ni mucho menos acreditado en autos que la situación fáctica de la actora la haga titular de una prioridad mayor a la que le fue reconocida por la demandada en virtud del artículo 42 del anexo de la resolución n° 3.337/MEGC/2013 (con sus modificatorias).

Tal como se dijo *supra* la demandada explicó oportunamente cuántas preinscripciones recibió para atender con el limitado número de vacantes disponibles con que se contaba. A su vez señaló que todos los aspirantes a los que se les adjudicó una vacante tenían prioridad por sobre la pretensión de la actora (fs. 27) pues todos ellos denunciaron un domicilio dentro del radio de las 10 cuadras de la escuela (artículo 42 inciso 6).

Así, resulta arbitraria la decisión de los jueces que entendieron que la demandada había impedido a la actora el acceso al sistema



Expte. nº 15995/18

educativo, por encontrarse tal conclusión desprovista de vinculación con las circunstancias del caso.

9.4. Resta analizar si la actora tiene derecho a percibir un subsidio destinado a afrontar las cuotas mensuales de una institución de gestión privada. Como ya se resaltó actora no logró demostrar que tuviera un mejor derecho a la asignación de una vacante en el sistema público de educación inicial que aquel que el GCBA le computó en virtud de lo establecido en el reglamento de asignación de vacantes, ni ha impugnado la constitucionalidad de ese reglamento, ni ha demostrado encontrarse en una situación de pobreza o exclusión que le impidiese el acceso al sistema educativo.

En consecuencia, y por los argumentos expuestos en el punto 8 de este voto, no puede reputarse que le asista el derecho a percibir un subsidio destinado al pago de las mensualidades de una institución privada.

Por todo lo expuesto, voto por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad del GCBA, revocar la sentencia impugnada y rechazar la acción de amparo.

La juez Inés M. Weinberg dijo:

1. La queja del GCBA ha sido interpuesta ante este Tribunal dentro del plazo que fija el art. 32 de la ley 402 y debe prosperar toda vez que realiza una crítica suficiente del auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad. Los agravios del GCBA respecto de la afectación del principio de legalidad y división de poderes, logran formular una cuestión constitucional que suscita la competencia de este Estrado (arts. 113, inc. 3, de la CCABA y 26 de la ley 402).

2. Coincido con la interpretación del marco normativo aplicable al caso que realiza mi colega la Dra. Marcela De Langhe en el punto 2 de su voto, sobre el cual distingue las obligaciones estatales respecto del servicio de educación inicial obligatoria y no obligatoria.

3. En efecto, el derecho de acceso a la educación inicial debe ser garantizado por el Estado desde el nivel obligatorio hasta completar los años de escolaridad que la legislación determina y, asimismo, pesa sobre el GCBA la obligación de universalizar los servicios educativos en los períodos anteriores, de manera progresiva (conf. art. 24 CCABA, art.1 ley 898, art. 16 y 19 de la ley 26.206).

3.1. El artículo 24 de la CCABA establece que *“La Ciudad asume la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la educación pública, estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades, a partir de los cuarenta y cinco días de vida hasta el nivel superior, con carácter obligatorio desde el preescolar hasta completar diez años de escolaridad o el período mayor que la legislación determine...”*.

Si bien la ley general de educación de la Ciudad a la que refiere el artículo 24 de la CCABA no ha sido sancionada a la fecha, en consonancia con la norma constitucional, el legislador local sancionó la ley 898 en donde estableció —para el ámbito del sistema educativo de la CABA— la obligatoriedad de la educación inicial desde los cinco años de edad hasta completar los trece años de escolaridad (artículo 1).

Por otra parte, también contemplan el derecho a la educación la ley 114 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, y la ley 3331 de Políticas Públicas para la Inclusión Educativa Plena. No obstante, ninguna de estas leyes realiza la distinción —que pretende sostener la Cámara— entre la obligatoriedad de la educación en el nivel inicial que debe ser garantizada por el Estado, de aquella cuya responsabilidad recae sobre los padres, madres o tutores. En efecto, mientras que el artículo 29 inc. a, de la ley 114 establece que el GCBA garantiza a niños, niñas y adolescentes el acceso gratuito a los establecimientos educativos “de todos los niveles”, el art. 4 inc. d, de la ley 3331 establece una serie de objetivos de inclusión educativa que el poder ejecutivo debe promover “en todos los niveles obligatorios”.

Tiene dicho la CSJN que en toda tarea de interpretación de normas es pertinente rastrear el espíritu que informa a aquéllas en procura de su aplicación racional, puesto que no es el espíritu de la ley el que debe subordinarse a las palabras sino éstas a aquél (v. Fallos: 328:1652 entre muchos otros).

En consecuencia, la letra del art. 29 inciso a, de la ley 114 a la que remite el *a quo* debe interpretarse de manera armónica con los preceptos de la ley 898, por su especialidad, para la aplicación racional del sistema normativo en virtud del espíritu que lo informa.

3.2. Idéntica interpretación se colige de las normas federales de escolarización obligatoria establecidas sucesivamente desde la constitución del sistema educativo nacional, en “leyes de organización y de base de la educación” en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional.

En la ley 26.206, el nivel inicial ha sido jurídicamente organizado como una unidad pedagógica, si bien la ley estableció la obligatoriedad



Expte. nº 15995/18

escolar solamente desde los 5 años. La enseñanza desde los 45 días a los 4 años, fue reconocida por la norma como parte del nivel inicial no obligatorio y, dentro de estas etapas tempranas, la ley 26.206 estableció el deber estatal de universalizar los servicios educativos para los niños y niñas de 4 años (art. 19 ley 26.206).

Posteriormente, la ley 27.045 reformó el artículo 16 de la ley 26.206, el cual quedó redactado de la siguiente forma:

“La obligatoriedad escolar en todo el país se extiende desde la edad de cuatro (4) años hasta la finalización del nivel de la educación secundaria. El Ministerio de Educación y las autoridades jurisdiccionales competentes asegurarán el cumplimiento de la obligatoriedad escolar a través de alternativas institucionales, pedagógicas y de promoción de derechos, que se ajusten a los requerimientos locales y comunitarios, urbanos y rurales, mediante acciones que permitan alcanzar resultados de calidad equivalente en todo el país y en todas las situaciones sociales”.

A su vez, en el año 2016, tuvo media sanción en la Cámara de Diputados el proyecto de ley que propugnó establecer la obligatoriedad de la educación inicial desde los 3 años (Cámara de Diputados, expediente 0013-PE-2016 orden del día 812, votación de fecha 16/11/2016).

En este orden de cosas, de la evolución legislativa mencionada surge con claridad la voluntad del legislador nacional de ampliar el piso mínimo de educación inicial obligatoria que debe garantizar el Estado.

Aquella determinación del alcance de la educación inicial obligatoria corresponde exclusivamente al Poder Legislativo y ha quedado establecida en el artículo 16 de la ley 26.206, reformado por la ley 27.045, antes transcripto.

3.3. En este sentido, el Poder Judicial no debe pasar por alto ni sustituir aquella determinación, otorgando una operatividad directa al derecho a la educación inicial sino que debe realizar el control de razonabilidad de su implementación, resguardando las garantías mínimas de este derecho. La operatividad del derecho de acceso a la educación inicial tiene un carácter derivado en la medida en que las normas constitucionales consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado.

Como ha establecido la CSJN, “[e]ste grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el

titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos (...) Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno” (v. Fallos 335:452, consid. 11).

En esta inteligencia, la sentencia en crisis afecta el principio de división de poderes y de legalidad al apartarse de la aplicación de las normas vigentes; artículo 16 de la ley 26.206 reformado por la ley 27.045, y la ley local 898.

En suma, de la lectura integrada de las normas aplicables al caso surge la distinción entre el derecho de acceso a la educación inicial que debe ser garantizado por el Estado desde el nivel obligatorio a los cuatro años de edad hasta completar el nivel secundario—como un deber concreto y normativamente definido de manera expresa en una regla de derecho— y el deber estatal de asegurar y financiar la educación inicial de manera progresiva a partir de los cuarenta y cinco días de vida (conf. art. 24 CCABA, art.1 ley 898, art. 16 y 19 de la ley 26.206).

En el caso no se encuentra debatido que la actora solicitó la preinscripción de la vacante para su hijo en la sala de 2 años del servicio de educación inicial pública no obligatoria, y que se encuentra comprendida en el número de orden 6.c en la asignación de vacantes establecida en el artículo 42 de la resolución del Ministerio de Educación 3571/2015, cuya legitimidad tampoco ha sido cuestionada en autos.

En virtud de todo lo expresado, no se ha acreditado una omisión antijurídica del GCBA y, por lo tanto, la decisión de la Cámara que obliga al GCBA a proveerle necesariamente la vacante a la parte actora, se inmiscuyó en el ámbito de actuación propio de los otros dos poderes del estado (conforme con el reparto de competencias que surge de la CCABA) lo cual resulta refractario con el principio de división de poderes que estructura el ordenamiento jurídico de la Ciudad. La Cámara decidió el caso por fuera de los límites que establecen las leyes que regulan la materia y es por eso que la sentencia recurrida debe ser dejada sin efecto.

4. Por todo lo expuesto, corresponde admitir la queja del GCBA, hacer lugar a su recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de la Cámara de apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, y rechazar la demanda.

Así lo voto.



Expte. nº 15995/18

El juez Santiago Otamendi dijo:

1. En primer lugar, corresponde referirse a los planteos de la demandada que invocan lo resuelto en el proceso colectivo "*Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)*", que tramitó ante el fuero CAyT con el expediente nº 23.360/2006 y ante este Tribunal con el expediente nº 6627/2009.

1.1 En lo que aquí interesa, advierto que las argumentaciones del GCBA aluden, por momentos, a la existencia de *conexidad* entre este pleito y la referida causa "*ACIJ*" y, en otras ocasiones, invocan la existencia de *cosa juzgada colectiva*. A pesar de estas variaciones, ambos planteos se dirigen a señalar que el acuerdo celebrado entre el GCBA y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia en el marco de la referida causa colectiva abarca y, por ende, proyecta sus efectos sobre la situación del niño que reclama una vacante escolar en autos.

No desmerezco la complejidad que entraña la cuestión propuesta por el GCBA atento las particularidades que distinguen al invocado expediente "*ACIJ*". Tampoco pierdo de consideración el elaborado desarrollo argumental desplegado por mi colega Luis F. Lozano al tratar este agravio. Sin embargo, soy de la opinión que este planteo, bajo ninguna de las ópticas propuestas por el GCBA, logra evidenciar razonadamente un supuesto por el cual deba habilitarse la instancia extraordinaria reclamada.

1.2 En el recurso de inconstitucionalidad que sostiene ante este Estrado, el GCBA insiste en invocar la existencia de *cosa juzgada colectiva* sobre la cuestión que pretende plantear en autos la parte actora. Resalta que, en virtud del acuerdo celebrado ante este Tribunal en el año 2011, el GCBA ha venido realizando ininterrumpidamente un "plan de obras" para ampliar la oferta educativa en el nivel inicial con base en distintos ejes o indicadores allí estipulados y subraya que aquel plan de acción, definido en febrero de 2011, abarca hasta nuestros días.

Ahora bien, en este punto, el GCBA no argumenta con seriedad diversos aspectos fundamentales para justificar que la cuestión sometida a decisión judicial por la actora en la presente contienda podría efectivamente entenderse resuelta por una sentencia judicial firme.

En este sentido, el GCBA no explica razonadamente por qué debiera entenderse que el alcance subjetivo de la pretensión colectiva instada en el 2007 por la ACIJ para procurar la subsanación de las omisiones verificadas en materia de vacantes de educación inicial haya podido contemplar e incluso abarcar una situación hipotética y sobreviniente como la de la parte actora de esta causa (esto es, la de un niño

nacido en el año 2016 que accionó para obtener una vacante en el ciclo de educación inicial en el año 2018). En otras palabras, no reflexiona en torno a la *clase afectada* que válidamente pudo pretender representar la asociación civil cuando instó la acción colectiva allá en el año 2007.

Por otro lado, el GCBA tampoco se hace cargo de otra cuestión sustancial. Concretamente, que, si bien en su hora la Cámara CAyT dictó sentencia de fondo confirmando la del juez de grado que había hecho lugar a la demanda colectiva, aquella controversia finalmente quedó desactivada con la celebración de un convenio sumamente peculiar fechado el 9 de febrero de 2011. Nótese que la resolución dictada por este Tribunal el 15 de febrero de 2011 en el expte. n° 6627/2009 expresamente destacó que los términos del compromiso al que habían arribado las partes fuera de los estrados judiciales lo colocaba “*por fuera de lo que podría homologar un tribunal de justicia de esta Ciudad en el marco del art. 258 del CCAyT*” mas correspondía “*tenerlo por celebrado*” y “*por supeditado el pronunciamiento acerca de los recursos de inconstitucionalidad (fs. 1536/1547 vuelta) y de queja (fs. 1792/1801 vuelta) articulados por el GCBA a las resultas del cumplimiento de las metas y actividades que las partes han convertido en objeto del instrumento mencionado en el punto anterior*”. En este contexto, cualquiera sea el alcance de las obligaciones a las que voluntariamente se sometió el GCBA en aquella oportunidad fuera de los estrados judiciales, no resulta evidente —ni el GCBA explica— por qué aquel convenio debería tener la fuerza inmutable de una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada.

1.3 A la misma conclusión cabe arribar aun de considerar este agravio como un planteo de *conexidad*. Es que, a tenor de las debilidades argumentales ya señaladas (relativas a las diferencias entre ambos procesos de las que la demandada no se hizo cargo), no es posible entender que en esta instancia procesal el GCBA haya desarrollado argumentos serios para demostrar que, de no hacerse lugar a este planteo, se generaría el desacierto extremo de permitir el dictado de pronunciamientos contradictorios, supuesto que permitiría justificar el reclamado desplazamiento de la jurisdicción por conexidad.

2. Ahora bien, distinta es la solución a la que cabe arribar en lo que respecta al fondo de la cuestión debatida en las presentes actuaciones.

2.1 En lo que a este asunto concierne, comparto, en lo sustancial, los fundamentos desarrollados por la jueza Marcela De Langhe en los puntos 1 a 3.3 de su voto. Concretamente, suscribo la interpretación



Expte. nº 15995/18

del régimen jurídico vigente que conduce a entender que el Estado local tiene obligaciones diferenciadas en lo que respecta al mantenimiento del sistema de educación obligatoria y no obligatoria.

2.2 Así, y dado que la vacante reclamada en autos pertenece al tramo de escolarización no obligatoria, también coincido con mi aludida colega en que era menester: a) que la parte actora demostrara acabadamente que el GCBA no asignó las vacantes disponibles conforme el sistema de prioridades establecido en la normativa vigente (por haber concedido vacantes a aspirantes que no tenían la prioridad alegada o por haber valorado incorrectamente su situación fáctica), o bien, b) que formulara con seriedad un planteo de inconstitucionalidad de ese régimen.

Sin embargo, no es posible advertir ninguno de estos supuestos dado que la interesada fundó su pretensión genéricamente, en el entendimiento que las vacantes de educación inicial deben ser accesibles para todos por igual, sin discriminación alguna.

Por los motivos expuestos, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad del GCBA, revocar la sentencia impugnada y rechazar la presente acción de amparo.

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. El GCBA recurre la decisión del tribunal *a quo*, que resolvió:

I) confirmar el rechazo dispuesto por el juez de primera instancia del pedido de conexidad con la causa *ACIJ c/GCBA* (Expte. 6627/2009). Según la Cámara, no se encontraban reunidas las condiciones necesarias para que ese pedido prosperara, pues i. las pretensiones diferían; ii. no coincidían las partes involucradas; y, iii. "...los fundamentos jurídicos que justifica[ba]n el desplazamiento de la jurisdicción por conexidad (impedir el dictado de sentencias contradictorias y/o favorecer la economía y celeridad procesal al evitar que un nuevo magistrado deba interiorizarse de una cuestión que ya e[ra] conocida por otro) no se verifica[ba]n entre los autos aquí comprometidos" (cf. fs. 30 vuelta);

II) condenarlo a que en el plazo de cinco (5) días hábiles otorgase una vacante a la parte actora "...en los centros educativos elegidos como primera opción por la demandante. // En su defecto, present[as]e en el juzgado de primera instancia una propuesta tendiente a asignar una vacante en establecimientos educativos de gestión estatal dentro de un radio de diez (10) cuadras de domicilio real denunciado; o, en caso de imposibilidad, fuera de dicho radio, quedando a cargo de la de-

mandada garantizar el traslado de la menor y un acompañante, mediante el sistema que determin[as]e el juez de la instancia de grado, previa conformidad de los responsables de la niña sobre ambas cuestiones, a saber: la vacante asignada y el sistema de traslado. // Si todavía persistiera la imposibilidad de brindar una vacante o la falta de consentimiento de los adultos responsables, correspond[erí]a la asignación de una vacante en una escuela infantil o jardín de infantes de gestión privada, sala de dos (2) años, jornada completa, previo acuerdo de los representantes legales” (cf. fs. 29).

2. La Cámara identificó como sustento del derecho objeto de este litigio que los arts. 29 de la ley 114, 12 de la ley 26.206 y 24 de la CCBA obligan al GCBA a asegurar a todo niño mayor a los 45 días de edad la escolarización, en jornada completa, en el centro educativo elegido por quienes ejercen la patria potestad del menor de edad, o, en su defecto, en uno que se encuentre a una distancia no mayor a diez cuerdas de su domicilio, o a una distancia mayor, con el transporte del menor y un acompañante a su cargo. Si ello resultara imposible, o los adultos a cargo del menor no prestaran su consentimiento, el GCBA se encontraría obligado a contratar una vacante en un establecimiento de gestión privada y proporcionarla a los actores.

2.1. La Cámara busca apoyar la existencia de un derecho que puede ser exigido individualmente en

A) el artículo 29 de la ley 114 que, en cuanto resulta relevante, establece:

“[e]l Gobierno de la Ciudad garantiza a niños, niñas y adolescentes: // a) acceso gratuito a los establecimientos educativos de todos los niveles // b) garantizando la prestación del servicio en todos los barrios de la Ciudad // c) igualdad de condiciones de acceso, permanencia y egreso del sistema educativo, instrumentando las medidas necesarias para su retención en el mismo...”.

B) el artículo 12 de la ley nacional 26.206 dice que:

“[e]l Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de manera concertada y concurrente, son los responsables de la planificación, organización, supervisión y financiación del Sistema Educativo Nacional. Garantizan el acceso a la educación en todos los niveles y modalidades, mediante la creación y administración de los establecimientos educativos de gestión estatal. El Estado Nacional crea y financia las Universidades Nacionales”.



Expte. nº 15995/18

C) y por último, el artículo 24 de la CCBA señala que:

“[l]a Ciudad asume la responsabilidad indelegable de asegurar y financiar la educación pública, estatal laica y gratuita en todos los niveles y modalidades, a partir de los cuarenta y cinco días de vida hasta el nivel superior, con carácter obligatorio desde el preescolar hasta completar diez años de escolaridad, o el período mayor que la legislación determine”.

3. Según el GCBA, la decisión recurrida:

A) afecta a quienes no formaron parte del pleito, pero sí forman parte de la clase representada en la causa “ACIJ” ya referida. Al respecto, señala que la pretensión de la parte actora es colectiva y se superpone con los resuelto en aquella causa, por lo que constituye un exceso jurisdiccional.

Insiste en que B) en que se declare la conexidad con la causa “ACIJ” de modo que este proceso quede alcanzado por aquel otro tramitado como colectivo (cf. fs. 36/40);

C) viola la garantía de igualdad de oportunidades en el acceso a la educación. Sobre este punto, refiere que “[e]s razonable que se establezcan prioridades de acceso teniendo en cuenta la situación socioeconómica de las personas, más aún cuando la presente se trata de una garantía de educación inicial de cumplimiento progresivo [y que a]l respecto debe tenerse en cuenta que la Sala no ha realizado investigación alguna respecto del nivel socioeconómico de la parte actora y ha emitido una sentencia que podría obligar al GCBA a cubrir una escuela privada, cuando en los hechos los actores podrían y deberían solventarla con su propio peculio”. Finalmente, señala que “garantizar no es solventar” y que “la solución para el otorgamiento de prioridades sólo puede ser establecido por la ley con alcance general” (cf. fs. 40 vuelta).

Por último, D) sostiene que no existe un derecho a obtener una vacante con el alcance que la Cámara entiende. En este contexto, refiere que si la pretensión introducida fuera individual, habría que rechazar la demanda.

Los agravios expuestos son de dos órdenes distintos. Los primeros dos remiten a la vía a través de la cual ha tramitado el proceso, mientras que los otros apuntan a los alcances del derecho discutido. Comenzaré por aquellos referidos a la vía, pues la decisión al respecto, como se verá, tornará innecesario pronunciarse sobre los segundos.

Anticipo de conclusiones respecto de la vía

4. Para el tiempo en que fue articulada esta demanda, estaba avanzado el litigio promovido por ACIJ c/GCBA (Expte. 6627/2009), admitido como colectivo para dirimir una controversia coincidente (antes que conexa) con ésta, por lo que la litispendencia, planteada por la demandada como conexidad, obstaba al trámite que se siguió. Dicho vicio debe ser corregido mediante la incorporación de estos actores a dicha causa hasta que sea dirimida. Finalmente, y en función de como fuere resuelta y lo que pudiere subsistir de la presente, corresponderá decidir en ésta lo remanente.

Conexidad, deber exigido y reclamo indivisible

5. En el proceso caratulado *ACIJ c/GCBA* (Expte. 6627/2009), el juez de primera instancia entendió que la parte actora ACIJ se encontraba legitimada para interponer el amparo colectivo en representación de todos los niños y niñas de la Ciudad que buscaran obtener una vacante en el nivel de educación inicial pues, en sus palabras, "...la entidad demandante es una asociación civil que tiene como objeto social –entre otros- la defensa de `los derechos de minorías y grupos desventajados por su posición o condición social o económica`, así como `los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y aquellos de incidencia colectiva en general` (art. 2º del Estatuto de la entidad...). La demandada, por su parte, no ha efectuado -correctamente- cuestionamiento alguno a la legitimación de su contraria para actuar en el presente proceso". Finalmente, refirió que "...el derecho en juego es el derecho a la educación en su dimensión colectiva. No se trata del derecho de un niño en particular a recibir educación inicial, sino de provocar en las autoridades la implementación de una política pública..." (cf. fs. 6, sentencia de 13 de agosto de 2007). Es decir, pues, no pidió recibir educación para sí, para algún asociado o para un representado, sino para el colectivo de todos aquellos que no habían obtenido un cupo en el nivel inicial del sistema educativo de la CABA. Sólo en esas condiciones podía haber llegado a un acuerdo como el de fs. 2467/2472, en el que queda abarcado el servicio educativo inicial desde los 45 días hasta los 5 años de edad.

5.1. Allí, la pretensión articulada en el escrito de demanda consistía en que se ordenase al GCBA a que "...`cumpli[e]r[a] con su obligación constitucional indelegable de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas de la Ciudad (art. 24 CCBA)`. Allí "[s]ost[enía] que en la Ciudad exist[ía]n miles de niños y niñas que no p[od]d[ía]n obtener una vacante para acceder a la educación pública en el nivel inicial, vulnerándose de ese modo su derecho a la educación y a la autonomía. Por otro lado, otros niños acced[ía]n a la educación ini-



Expte. nº 15995/18

cial, lo cual implica[ba] una violación al derecho a la igualdad de los excluidos...” (cf. fs. 3).

5.2. Entretanto, en la causa que aquí nos ocupa, según el relato de los jueces de la Cámara, y que no ha sido objetado, la actora “...inició la presente acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (...) a fin de que incorpor[as]e al menor en un establecimiento público dentro de un razonable radio del domicilio jornada completa, o, de común acuerdo con los padres podría cumplirse con la prestación por un establecimiento de gestión privada u otra solución alternativa” (cf. fs. 23, sentencia de 13 de junio de 2018). La actora asentó esa pretensión en los arts. 29 de la ley 114 y 24 de la CCBA.

6. La comparación de esta última pretensión con la mencionada en el punto 5.1 de este voto muestra que, aunque la primera no esté formulada en idénticos términos que la segunda, coincidencia difícil, lo cierto es que el reclamo por un servicio educativo tiene una superposición prácticamente plena, la fuente invocada para el derecho esgrimido es la misma y el ámbito personal de ambas acciones se superpone en las personas de los actores, que están abarcados en el universo considerado en el punto 5.1.

Ambas demandas exigen al GCBA organizar “...un sistema de educación administrado y fiscalizado por el Poder Ejecutivo...” -art. 24 párr. 2do. de la CCBA- a cuyo fin “puede realizar aportes al funcionamiento de establecimientos privados de enseñanza, de acuerdo con los criterios que fije la ley, dando prioridad a las instituciones que reciban a los alumnos de menores recursos” -art. 25 párr. 1ro. in fine de la CCBA-.

Así puesto, la organización del servicio supone un objeto indivisible, mientras que el acceso a uno organizado, en las condiciones regladas, constituye una prestación enteramente divisible. También lo es la invocación de inconstitucionalidad de esas reglas del servicio por afectación a la igualdad en perjuicio de una persona. La circunstancia de que la prestación exigida sea indivisible impide la promoción de procesos múltiples y, justamente por ello, no cabe la opción de no quedar incluido en la demanda que hubiere prevenido.

Dicho de otra manera, el deber exigido al Estado es el de organizar un servicio de educación que contemple los niveles iniciales, y, correlativamente, el derecho colectivo de todos los menores a ingresar en el sistema educativo en igualdad de condiciones. Esto último sólo puede ser ejecutado colectivamente, es decir, teniendo en cuenta el universo de posibles interesados y no cada caso en particular. Lo que aparece expresado como pedido de que el GCBA solvete una vacante en una institución privada está pedido como modo supletorio para el su-

puesto de que el servicio público no proveyese la plaza reclamada, y supone un modo de obtener el cumplimiento de un tercero con cargo al obligado. Por lo demás, una acción colectiva, susceptible de dar el mejor curso procesal a un objeto compartido en lo sustancial, puede admitir el complemento de decisiones de alcance individual. Por ejemplo, la atención de un accidente masivo a cuyo respecto no todos los daños sean comunes.

7. En suma, la acción colectiva instaurada por ACIJ en el expte. 6627/2009 engloba la que aquí nos ocupa y es anterior.

Ilustran el punto dos pronunciamientos dictados por la Corte Suprema de los EE. UU.

El primero de ellos es “Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond”, 467 U.S. 867 (1984). En esta causa, un grupo de empleados afroamericanos del Banco, comprendidos en la clase por la que había sido promovida anteriormente una acción por la EENC (todos los cuales habían sido notificados de su posibilidad de incorporarse a la clase, con respuesta variada), con parcial éxito, para detener la invocada práctica discriminatoria sistemática motivada por prejuicios raciales, articuló un nuevo pleito a fin de obtener reparación a su situación individual. La Corte Suprema de los EEUU declaró en él que aquella primera sentencia los había alcanzado *-res judicata-*, no obstante lo cual admitió que algunos de ellos pudieran requerir decisión judicial respecto de discriminaciones personales no comprendidas en la práctica que había sido materia de la demanda de la EENC.^{1,2} En palabras de la Corte,

¹There is of course no dispute that, under elementary principles of prior adjudication, a judgment in a properly entertained class action is binding on class members in any subsequent litigation. See, e.g., *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble*, 255 U. S. 356 (1921); Restatement of Judgments § 86 (1942); Restatement (Second) of Judgments § 41(1)(e) (1982); see also Fed.RuleCiv.Proc. 23(c)(3); see generally Moore & Cohn, Federal Class Actions -- Jurisdiction and Effect of Judgment, 32 Ill.L.Rev. 555 (1938). Basic principles of *res judicata* (merger and bar or claim preclusion) and collateral estoppel (issue preclusion) apply. A judgment in favor of the plaintiff class extinguishes their claim, which merges into the judgment granting relief. A judgment in favor of the defendant extinguishes the claim, barring a subsequent action on that claim. A judgment in favor of either side is conclusive in a subsequent action between them on any issue actually litigated and determined, if its determination was essential to that judgment.

²**Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond of Richmond, 467 U.S. 867 (1984)**

Syllabus

The Equal Employment Opportunity Commission brought an action in Federal District Court against respondent Federal Reserve Bank, alleging that one of respondent's branches (the Bank) violated § 703(a) of Title VII of the Civil Rights Act of 1964 by engaging in employment discrimination based on race during a specified time period. Subsequently, four of the Bank's employees (the Cooper petitioners) were allowed to intervene as plaintiffs, and they alleged that the Bank's employment practices



Expte. nº 15995/18

“The judgment is not (...) dispositive of the individual claims the Baxter petitioners have alleged in their separate action”. Palabras más, palabras menos, lo que vino a admitir la Corte fue el principio según el cual la cosa juzgada alcanzaba aún a quienes no habían participado personalmente en el primer pleito, pero que acciones diferentes con pretensiones distintas pueden perfectamente convivir.

El segundo caso es “Wal-mart Stores Inc v. Dukes”, 564 U.S. 338 (2011). Allí, expuesto resumidamente, se discutía si un grupo de 6 mujeres podía representar a una clase integrada por aproximadamente un millón y medio de empleadas y ex empleadas de Wal-mart. En la visión de las actoras, la empresa las discriminaba en violación a lo dis-

violated 42 U.S.C. § 1981, as well as Title VII, and that they could adequately represent a class of black employees against whom the Bank had discriminated. The District Court then certified the class pursuant to Federal Rules of Civil Procedure 23(b) (2) and (3), and ordered that notice be given to the class members. Among the recipients of the notice were the Baxter petitioners. At the trial, both the Cooper petitioners and the Baxter petitioners testified, and the District Court held that the Bank had engaged in a pattern and practice of racial discrimination with respect to employees in certain specified pay grades, but not with respect to employees above those grades, and found that the Bank had discriminated against two of the Cooper petitioners, but not against the others. Thereafter, the Baxter petitioners moved to intervene, but the District Court denied the motion on the ground, as to one petitioner, that since she was a member of the class to which relief had been ordered, her rights would be protected in the later relief stage of the proceedings, and, as to the other petitioners, on the ground that they were employed in jobs above the specified grades for which relief would be granted. These latter Baxter petitioners then filed a separate action against the Bank in the District Court, alleging that each of them had been denied a promotion because of their race in violation of 42 U.S.C. § 1981. The District Court denied the Bank's motion to dismiss but certified its order for interlocutory appeal, which was then consolidated with the Bank's pending appeal in the class action. The Court of Appeals reversed on the merits in the class action, holding that there was insufficient evidence to establish a pattern or practice of racial discrimination in the specified grades, and that none of the Cooper petitioners had been discriminated against. The court further held that, under

Page 467 U. S. 868

the doctrine of *res judicata*, the judgment in the class action precluded the Baxter petitioners from maintaining their individual claims against the Bank.

Held: The Baxter petitioners are not precluded from maintaining their separate action against the Bank. While the Court of Appeals was correct in generally concluding that the Baxter petitioners, as members of the class represented in the class action, were bound by the adverse judgment in that action, the court erred on the preclusive effect it attached to that judgment. The judgment bars the class members from bringing another class action against the Bank alleging a pattern or practice of racial discrimination for the same time period, and precludes the class members in any other litigation with the Bank from relitigating the question whether the Bank engaged in such a pattern or practice of racial discrimination during that same time period. But the judgment is not dispositive of the individual claims of the Baxter petitioners. Assuming that they establish a *prima facie* case of discrimination, the Bank will be required to articulate a legitimate reason for each of the challenged employment decisions, and, if it meets that burden, the ultimate question regarding motivation in the Baxter petitioners'

puesto por el Título VII de la Civil Rights Act de 1964. En concreto, alegaban que las decisiones tomadas por los gerentes locales respecto de montos de salarios y promociones lo habían sido, sistemática y desproporcionadamente, a favor de varones. La Corte Suprema resolvió revocar la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones para el 9° Circuito que había entendido que las actoras satisfacían la exigencia de *commonality* prevista en la Regla 23(a)(2) -cuestiones de hecho o de derecho compartidas por los miembros de la clase-, y sus pretensiones de pago de remuneraciones atrasadas podían ser certificadas como parte de una clase (b) (2)., Para decidir del modo relatado, la Corte consideró, por un lado, que la pretensión de las actoras vinculadas al pago de remuneraciones atrasadas no podía certificarse en los términos de la Regla 23 (b) (2), toda vez que ese remedio, por su carácter divisible, no

individual cases will be resolved by the District Court. Permitting the Baxter petitioners to bring a separate action will not frustrate the purposes of Rule 23. To deny such permission would be tantamount to requiring that every class member be permitted to intervene to litigate the merits of his individual claim. Moreover, whether the issues framed by the named parties should be expanded to encompass the individual claims of additional class members is a matter that should be decided in the first instance by the District Court. Nothing in Rule 23 requires that the District Court make a finding with respect to each and every matter on which there is testimony in a class action. Rule 23's purpose in providing a mechanism for the expeditious decision of *common* questions might be defeated by an attempt to decide a host of individual claims before any common question relating to liability has been resolved adversely to the defendant. Pp. 467 U. S. 874-881.

698 F.2d 633, reversed and remanded.

STEVENS, J., delivered the opinion of the Court, in which BURGER, C.J., and BRENNAN, WHITE, BLACKMUN, REHNQUIST, and O'CONNOR, JJ., joined. MARSHALL, J., concurred in the judgment. POWELL, J., took no part in the decision of the case.

“The Court of Appeals was correct in generally concluding that the Baxter petitioners, as members of the class represented by the intervening plaintiffs in the Cooper litigation, are bound by the adverse judgment in that case. The court erred, however, in the preclusive effect it attached to that prior adjudication. That judgment (1) bars the class members from bringing another class action against the Bank alleging a pattern or practice of discrimination for the relevant time period and (2) precludes the class members in any other litigation with the Bank from relitigating the question whether the Bank engaged in a pattern and practice of discrimination against black employees during the relevant time period. The judgment is not, however, dispositive of the individual claims the Baxter petitioners have alleged in their separate action. Assuming they establish a prima facie case of discrimination under McDonnell Douglas, the Bank will be required to articulate a legitimate reason for each of the challenged decisions, and if it meets that burden, the ultimate questions regarding motivation in their individual cases will be resolved by the District Court. Moreover, the prior adjudication may well prove beneficial to the Bank in the Baxter action: the determination in the Cooper action that the Bank had not engaged in a general pattern or practice of discrimination would be relevant on the issue of pretext. See McDonnell Douglas, 411 U.S. at 411 U. S. 804-805”.



Expte. nº 15995/18

era apropiado para la clase en su conjunto³. Por el otro lado, señaló que la certificación de la clase no se compadecía con lo dispuesto en la Regla 23 (a) (2) (“*commonality*”), en tanto no había en juego cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase. Con cita del precedente “Cooper” ya referido, la Corte observó que la acreditación del carácter común de la pretensión necesariamente se superponía con el mérito del planteo de las actoras de que Wal-Mart incurría en prácticas discriminatorias. Para la Corte, el quid de un análisis en términos del Título VII era “la razón, el fundamento de una específica decisión en materia de empleo”, y las actoras buscaban accionar en un único trámite contra “millones” de decisiones relativas a cuestiones de empleo. Según la Corte, sin ningún vínculo que unificara el criterio de los fundamentos invocados para adoptar esas decisiones, resultaba imposible sostener que el examen de todas las pretensiones de los miembros de la clase diera lugar a una respuesta común a la cuestión de la discriminación.

Estos dos pronunciamientos, ilustran sobre la cuestión aquí debatida: la cosa juzgada -y, por lo mismo, la litispendencia- en una acción de clase comprende, desde el ángulo subjetivo, a todas las personas comprendidas en la clase. Consecuentemente, para que miembros de la clase puedan litigar separadamente deben mostrar que sus acciones no fueron dispuestas o están siendo dispuestas en otro pleito, es decir, no están dentro de sus límites objetivos. Agregó que cuando la clase permite separar el reclamo de cada miembro, puede existir la opción de no quedar alcanzado por el litigio (opt-out); mientras que cuando el objeto es indivisible, como ocurre en el caso que nos ocupa, esa posibilidad desaparece. La razón es que no cabe decidir dos veces la misma cuestión, ni aún cuando se la resolviese en igual sentido, puesto que la cosa juzgada es inmutable e irrevisable⁴. En esto rigen las mismas ideas, recogidas desde antiguo en nuestro medio, acerca del litisconsorcio necesario. El pleito no se puede llevar adelante si no se vincula al proceso a todos los litisconsortes, quienes, hayan resuelto participar o se pongan en situación de rebeldía, quedan alcanzados por la sentencia.

³“The key to the (b)(2) class is “the indivisible nature of the injunctive or declaratory remedy warranted—the notion that the conduct is such that it can be enjoined or declared unlawful only as to all of the class members or as to none of them.” (...). In other words, Rule 23(b)(2) applies only when a single injunction or declaratory judgment would provide relief to each member of the class. It does not authorize class certification when each individual class member would be entitled to a different injunction or declaratory judgment against the defendant. Similarly, it does not authorize class certification when each class member would be entitled to an individualized award of monetary damages” 564 U.S. 338 (2011), 20 - 21.

⁴Mandatory Class Actions Amy M. Crouch and Aaron K. Kirkland, https://legacy.pli.edu/product_files/Titles/7275/59206_sample3_20150217112250.pdf, al día 5/4/2020.

La decisión de Cámara y la superposición con lo resuelto en ACIJ

8. Primeramente, nadie discute que la Cámara confirmó el rechazo del pedido de acumulación dispuesto por el juez de primera instancia, por entender que este Tribunal, en la resolución de fecha 15/02/11, había tenido por extinguida la controversia. En palabras de los jueces *a quo*, el TSJ "...tuvo `...por extinguida la controversia con [el...] acabado cumplimiento [del acuerdo]" (cf. resolución dictada en el expte. n° 6627/2009, el 15/02/11)" (cf. fs. 30 vuelta).

El argumento no presta apoyo a lo resuelto por dos razones. La primera de ellas, anticipada en el cierre del acápite anterior, es que la cosa juzgada, en supuestos de clase que formula un reclamo indivisible, alcanza a toda la clase, aun a los miembros que no han participado del litigio. De manera tal que, sostener lo que sostuvieron los jueces de la causa, debió desembocar en desestimar el reclamo en todos los aspectos tratados en ACIJ c/GCBA, es decir, en todas sus partes, o separar con toda precisión los que pudieren ser distintos y tramitar el proceso exclusivamente con ese alcance.

Ello no es extraño a las acciones de clase. También está reconocido el efecto de *res judicata* en acciones de clase por la Corte Suprema estadounidense, *in re* Cooper citada en acápite 7 de este voto, al que agrego *Hansberry v. Lee*. 311 US 32 (1940)⁵. En el mismo orden de ideas, la ley de ambiente 25.675 limita la estabilidad de la cosa juzgada en materia ambiental cuando hay rechazo y éste obedece a cuestiones probatorias. En caso contrario, la cosa juzgada vale *erga omnes* (art. 33, párr. 2do.). No es difícil advertir cómo el legislador ha buscado res-

⁵*Hansberry v. Lee*. 311 US 32 (1940). Básicamente, en el caso se discutían los alcances de la cosa juzgada. Concretamente, los alcances de una sentencia que había tenido por válido un contrato que prohibía vender tierras a personas de color. "Because of the dual and potentially conflicting interests of those who are putative parties to the agreement in compelling or resisting its performance, it is impossible to say, solely because they are parties to it, that any two of them are of the same class. Nor, without more, and with the due regard for the protection of the rights of absent parties which due process exacts, can some be permitted to stand in judgment for all. It is one thing to say that some members of a class may represent other members in a litigation where the sole and common interest of the class in the litigation is either to assert a common right or to challenge an asserted obligation. (...) It is quite another to hold that all those who are free alternatively either to assert rights or to challenge them are of a single class, so that any group merely because it is of the class so constituted, may be deemed adequately to represent any others of the class in litigating their interests in either alternative. Such a selection of representatives for purposes of litigation, whose substantial interests are not necessarily or even probably the same as those whom they are deemed to represent, does not afford that protection to absent parties which due process requires" 311 US 32, (1940), 45-46.



Expte. nº 15995/18

guardar el principio precautorio por esta vía. Pero, lo que interesa es que, en una situación que tiene en común con la presente el objeto indivisible de la prestación demandada, la sentencia que admite la acción vale *erga omnes*.

En igual orientación, el Proyecto de Procesos Colectivos (Ver Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Proyecto de Procesos Colectivos, Buenos Aires, 2014, Instituto de Derecho Procesal). En lo que aquí importa, el art. 38, inc. b, prevé los alcances de la sentencia dictada en el marco de ese tipo de procesos y los efectos de la cosa juzgada. Al respecto refiere que

“[e]n los procesos colectivos con intereses difusos, la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto para el grupo involucrado en la litis ya sea admitida o rechazada, se aplicará a todos los supuestos que en el futuro caigan dentro de la misma pretensión colectiva y se mantenga la situación que dio lugar a la pretensión. En el caso de los derechos individuales homogéneos la sentencia igualmente hará cosa juzgada, sea admitida o rechazada, excepto para quienes se encuentren excluidos del grupo quienes podrán intentar sus pretensiones individualmente. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que en este caso corresponda al representante adecuado y a sus letrados.// Si la pretensión colectiva fuera acogida, los damnificados podrán solicitar la liquidación y ejecución de la sentencia a título personal, pudiendo optar por promover estos pedidos ante el tribunal del lugar de la afectación.// La cosa juzgada recaída en juicio puede ser invocada por sujetos legitimados que no han intervenido en el proceso, contra quienes hayan sido condenados, pero no puede serle opuesta. //En el nuevo proceso que promuevan los terceros, invocando la sentencia anterior deberán acreditar la relación de causalidad”.

Por su parte, el artículo 58 prevé que

“(Cosa juzgada pasiva). Cuando se trate de intereses o derechos difusos, la cosa juzgada tendrá eficacia y vinculará a todos los miembros del grupo. Cuando se trate de intereses o derechos individuales homogéneos, la cosa juzgada tendrá

eficacia para todos los miembros del grupo en el plano colectivo, pero la sentencia que acoja la demanda, no vinculará a los miembros del grupo, que podrán plantear pretensiones o defensas propias en el proceso de ejecución para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera jurídica individual. Estas pretensiones o defensas no estarán limitadas por las reglas establecidas para la ejecución de sentencia y permitirán una defensa amplia y completa del interesado”.

La segunda razón por la que no se sostiene la denegatoria al pedido que el GCBA formuló de acumulación de ambas causas es que, a partir de una lectura atenta de esa decisión, no es cierto que el TSJ hubiera tenido por extinguida la controversia. El punto 2 del dispositivo dice textualmente “[t]ener por supeditado el pronunciamiento acerca de los recursos de inconstitucionalidad (fs. 1536/1547 vuelta) y de queja (fs. 1792/1801 vuelta) articulados por el GCBA a las resultas del cumplimiento de las metas y actividades que las partes han convertido en objeto del instrumento mencionado en el punto anterior”.

Este lenguaje es claro, sujeta la decisión de los recursos, ergo, no los resuelve.

En definitiva, el Tribunal se limitó a tomar nota del acuerdo arribado por los litigantes ACIJ y GCBA, y asumir que el cumplimiento de ese acuerdo saldaría la materia litigiosa. No se pronunció acerca del remedio que cupiera emitir en caso de que un incumplimiento fuera denunciado. Pero, por sobre todas las cosas, una decisión con el alcance que le atribuye la Cámara a la del Tribunal no daría lugar a que pudieran entablarse nuevas demandas a propósito de una controversia saldada. En ese supuesto, pues, estaríamos ante una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.

9. Dicho esto, asiste razón al GCBA cuando afirma que la decisión apelada repercute sobre quienes no fueron incorporados a esta *litis*.

9.1. Si como parece asumir el tribunal *a quo* y también las partes, las vacantes no alcanzan a satisfacer todos los requerimientos, dar al menos ocasión, sino obligar, según se entienda la sentencia impugnada y sean las circunstancias de la realidad, a que la parte actora en esta causa reciba una plaza por fuera de la normativa que determina la distribución de esas plazas, postergará a la clase de quienes la habrían



Expte. nº 15995/18

obtenido en ausencia del mencionado pronunciamiento. Aún si el GCBA dispusiere efectivamente de los medios para solventar estas plazas en establecimientos privados, pronunciamientos individuales generarían una distribución del total de plazas, sumadas las del servicio estatal y las contratadas a establecimientos privados, de un modo no guiado por criterios objetivos de acceso y, con un probable resultado de que difícilmente quepa esperar que el servicio a brindar sea idéntico. Por lo demás, no cabe presumir que la clase de los postergados sea una clase vacía, especialmente en un escenario en que, según menciona el debate, la demanda de plazas ha crecido mucho más de lo que explicaría un crecimiento de la población.

Al respecto, el GCBA señala que "...la demanda de vacantes sobrepasa la disponibilidad con la que cuenta la Administración Local..." y que "...como obligación de carácter progresivo se identifica precisamente la de adoptar medidas para garantizar progresivamente los DESC en la medida de los recursos disponibles y a través de medios apropiados" (cf. fs. 34 vuelta).

En efecto, una sentencia de esta especie podría traer aparejado que dos menores en la misma situación de hecho y cuyas preferencias fueran idénticas fueran a colegios completamente distintos sin alguna razón que justifique el diferente trato uno a un colegio público de jornada simple lejos de su domicilio y otro, en virtud de una sentencia judicial, a un colegio privado jornada completa al lado de su casa, afectando sensiblemente el igual acceso al servicio. Asimismo, podría muy probablemente alterar la observancia de "prioridad" que ordena el art. 25 CCBA, primer párrafo, con arreglo al cual la Ciudad puede realizar aportes al funcionamiento de establecimientos privados de enseñanza, de acuerdo con los criterios que fije la ley, dando prioridad a las instituciones que reciban a los alumnos de menores recursos. En ese sentido, sentencias judiciales dictadas en procesos individuales no podrían asegurar una distribución arreglada a criterios uniformes.

9.2. El derecho a la educación puede ser tutelado en un litigio donde contiendan solamente quien persigue recibirla y el Estado obligado. Ello ocurre cuando, por ej., se niega una vacante a quien invoca derecho a ocuparla con base en la normativa que organiza el servicio. Puede ocurrir aun cuando se invoque la inconstitucionalidad de las normas que regulan el servicio, cuando la solución depende de incluir al indebidamente excluido. Pero, cuando el pleito tiene un objeto que soslaya la situación de otro, como ocurre cuando se persigue una distinta distribución de lo que es insuficiente, o aun una ampliación de las plazas, pero, recurriendo a una distribución no sujeta a pautas objetivas legítimas, el debate no puede ser llevado a cabo sin la intervención de

esos afectados. Un proceso colectivo cuyo objeto es un reclamo indivisible supera estas dificultades.

En verdad, lo que se discute es la dimensión del servicio y así queda ello demostrado cuando se concluye obligando al Gobierno, lo que supone autorizándolo a contratar prestadores privados del servicio por fuera de toda previsión legislativa, reglamentaria de las características del servicio, o aún de habilitaciones presupuestarias.

En el caso que nos ocupa, es visible que si el *plus* de vacantes se obtiene del sector privado —posibilidad contemplada por la Cámara— por imposibilidad de brindarla por medios estatales, lo cierto es que la igualdad de oportunidades que la CCBA tutela sólo puede lograrse distribuyendo estos bienes, en sí comparables pero distintos, con arreglo a estándares iguales para todos los beneficiarios, sin distinción entre quienes llegaron antes o después de la entrega.

Una vez más, ello muestra que el objeto del pleito es, en realidad, indivisible.

9.3. Varias son las razones que llevan a que la discusión deba tener lugar en el marco de una acción de clase. Sin la conformación del colectivo de posibles afectados, la sentencia arrojaría resultados incompatibles con el orden jurídico, lo que imposibilitaría su cumplimiento. De ese modo, yerra la Cámara cuando afirma que "...los fundamentos jurídicos que justifican el desplazamiento de la jurisdicción por conexidad (impedir el dictado de sentencias contradictorias y/o favorecer la economía y celeridad procesal al evitar que el nuevo magistrado deba interiorizarse de una cuestión que ya es conocida por otro), no se verifican entre los autos aquí comprometidos" (cf. fs. 30 vuelta).

Lo que esta visión soslaya es que no se trata de conexidad entre ambas causas sino de superposición o litispendencia.

Cabe aquí recordar que los jueces de la CABA no están sujetos al procedimiento formulario romano, sino que tienen la potestad de interpretar las pretensiones de las partes y resolver con arreglo a derecho, investigado e interpretado dentro de lo que posibilita el *iura novit curia*. Esta interpretación incumbe a los jueces de la causa, que tienen amplitud, pero dentro de límites trazados por el orden jurídico y la razón.

Ritualmente, la frase transcrita en el primer párrafo de este acápite 8.3 dice que la posibilidad de sentencias contradictorias no se verifica en la causa, pero, no se hace cargo de la invocación de indivisibilidad del objeto, ni de la representación asignada a la ACIJ por el juez a cargo del juzgado nro. 5, ni, principalmente, de la desigualdad que genera la solución impugnada en el servicio que reciben quienes no son convocados a la *litis*.



Expte. nº 15995/18

En pocas palabras, la resolución de un caso en forma individual, por fuera de la causa donde la prestación indivisible tramita, desemboca en una distribución de plazas que no contempla los estándares fijados para asignar las que brinda el servicio y, por ello, no resguarda la garantía de igualdad en la asignación reconocida en las normas sobre cuya base los jueces de la Cámara dijeron apoyar la condena (cfr. el punto 2.1. de este voto).

9.4 Vale hacer una última consideración respecto de la referencia que hacen los jueces de mérito acerca del impedimento a integrar a los actores al proceso *ACIJ c/GCBA*.

Más allá de que el argumento, ya expuesto, no se hace cargo de que estamos ante derechos colectivos cuyo debate es propio de los procesos colectivos, tampoco analiza la cuestión en los cánones de los procesos cuya materia son derechos individuales. Mientras existe en los procesos de esta última especie impedimento para acumular acciones (constituir litisconsorcios facultativos) cuando su ejercicio ha generado procesos cuyo trámite ha alcanzado etapas distintas, en cambio, no vale la regla en supuestos de litisconsorcio necesario. En estos supuestos, lo que no cabe es dictar sentencia sin integrar a todos los miembros.

Aun así, la doctrina se hace cargo de que anular lo obrado es un sacrificio importante, a veces contrario al interés de quien no ha participado del debate por omisión de los concurrentes y del juez mismo. A ese respecto, Berizonce afirma que "...cabe una interpretación flexible del momento último conferido al juez por disponer la integración de la litis, desde que mientras se salvaguarde el contradictorio de las partes el límite temporal marcado por la resolución que dispone la apertura a prueba de la causa, no puede considerarse como tope infranqueable (La doctrina en general admite tan sólo la integración de la *litis* hasta el llamamiento de autos para sentencia en primera instancia, argumentando que de lo contrario de afrontaría el riesgo de proseguir el desarrollo de una actividad procesal inútil en la medida en que ha de impedir, finalmente, un pronunciamiento sobre el mérito de la pretensión (PODETTI, J.R., *Tratado de la tercería*, p. 335). En el mismo sentido: PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, vol. III, p. 212. Sin embargo, las mismas razones habilitan para interpretar que la integración puede disponerse oficiosamente en cualquier tiempo del proceso). Si ulteriormente se verifica la omisión de la citación de algunos de los litisconsortes necesarios, subsiste y opera la potestad judicial para disponerla, en cualquier tiempo, aun con posterioridad al llamamiento de autos para sentencia e inclusive al tiempo de pronunciar sentencia en cualquiera de las instancias (Algunos pronunciamientos aplicaron estrictamente la literalidad de la norma. Así, la invocación tendiente a integrar la litis o la actividad ofi-

cosa con el objeto de lograrlo debe hacerse antes de dictar la providencia de apertura a prueba, no siendo susceptible de realización una vez pasada esa ocasión. De ahí que corresponde al actor, en su caso, desistir del proceso para encauzarlo por la vía que viere convenirle (C2ª CCom. de La Plata, sala II, causa B-30.426, reg. Int. 353/70, cit. en MORELLO, SOSA y BERIZONCE, ob. cit., vol. II-B, p. 345). En el mismo sentido: CNCiv. sala C, L.L. 1976-A-194; sala E, L.L. 1980-B-23; sala F, L.L.1978-D-47. Sin embargo, en otros fallos se admitió la citación aun con posterioridad a aquel momento, sosteniendo que la referencia legal sólo representa una directiva de orden que no puede considerarse infranqueable (CNCiv., sala F, J.A. 1982-III-116). Incluso, de oficio en la alzada (Capel. De Junin, J.A. 1982-III-247); en contra PALACIO, ob. cit., vol III, p. 214, nota 29 bis). Ello así, por la naturaleza y alcances de la potestad judicial en cuestión, en consecuencia con las finalidades del instituto y el objeto —ya destacado— que se persigue en relación directa con la eficaz prestación de la justicia” (p. 17).

El mismo autor, refiere que “[l]os poderes-deberes que en orden a la dirección y ordenación del proceso incumben a los jueces (art. 34, inc. 5º, CPCCN), son comprensivos de un abanico de posibilidades entre las que se incluye de modo principal la de sanear los actos del proceso (ap. b, norma cit.), principio general que tiene aplicación concreta en el artículo 89 en cuanto impone la verificación oficiosa en los supuestos de litisconsorcio necesario, de la citación en forma de todos los legitimados sustantivos (Así, la falta de integración de la *litis* y la declaración de nulidad de lo actuado siendo el vicio manifiesto, no constituye tan sólo una facultad del juez sino un deber jurídico (SCJBA, Ac. y Sent. 1985-III-75, entre otros). No le está asignada al juez una mera facultad de carácter potestativo, utilizable o no según su arbitrio, sino que se le atribuye como poder-deber que está constreñido a realizar necesariamente con independencia de la rogación de las partes (DIAZ, C.A., Instituciones del derecho procesal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, vol. 1, ps. 240-243. FENOCHIETTO, ob. Cit., vol 1, ps. 139-140.), para el logro de los fines públicos del proceso. Se le confiere ese potestamiento para ser actuado en forma activa y no displicente, en cuanto lo demanda el rendimiento (resultado y eficacia) público del servicio de justicia empeñado para la justa composición del litigio (MORELLO, SOSA y BERIZONCE, ob. cit., vol. II-A, ps. 561-564)”.

En los procesos colectivos, la necesidad de no retrotraer puede ser mayor, y hasta puede ser jurídicamente imposible hacerlo. Cuando la materia del proceso colectivo es un cúmulo de derechos subjetivos homogéneos, la situación es similar a la del litisconsorcio facultativo. Cabe incorporar al proceso más avanzado, en tanto los incorporados no pretendan retrotraer el debate a una etapa superada. En estos supuestos, es admisible la opción de no incorporarse prevista para quie-



Expte. nº 15995/18

nes no quieren ejercer su derecho o quieren hacerlo (*opting out*) separadamente.

En cambio, cuando la pretensión es indivisible, la opción es impracticable, porque la situación es la de la litispendencia. En última instancia, la sentencia primeramente firme será cosa juzgada para la pretensión. Es ilustrativa, al respecto, la solución del artículo 6 del Proyecto de Procesos Colectivos al que me referí en el punto 8 de este voto. Dice allí que

“[a]l momento de dictar sentencia, si de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y en protección del interés general, el tribunal entiende que la cuestión tiene carácter colectivo, suspenderá su dictado y procederá conforme con el art. 5”.

Ese artículo 5, a su vez, reza:

“[c]uando el tribunal advierta que una cuestión planteada por el afectado o por una determinada asociación puede tener alcance colectivo, más allá del sujeto individual o de la asociación presentada, citará a los posibles legitimados [...] y resolverá lo que corresponda...”. Ese mismo artículo continúa diciendo que:

“si [el tribunal] tuviera conocimiento de la existencia de diversos procesos individuales tramitados contra el mismo demandado, con el mismo fundamento, notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros representantes adecuados, a fin de que propongan una pretensión colectiva, si lo estiman pertinente”.

En lo que aquí interesa, Ley General de Ambiente, que trata de una de las pretensiones indivisibles más típicas, permite a quienes quieren incorporarse al debate hacerlo como terceros, sin perjuicio de ejercer por sí las pretensiones divisibles cuando son damnificados directos.⁶

⁶**ARTICULO 30.** — Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambien-

10. Como corolario de lo expuesto hasta aquí, el presente pleito, y todos aquellos en los que la parte actora pretende que se le asigne una plaza en el sistema de educación inicial deberían haber tramitado como una única acción de clase desde el comienzo. De ese modo, el reparto de los cupos se habría realizado con arreglo a estándares iguales para todos los beneficiarios, sin distinción entre aquellos que obtuvieron una sentencia favorable antes que otros. Asimismo, se debería haber puesto en conocimiento de todos aquellos que hubieran tenido algún interés en el pleito su oportunidad de participar u oponerse a la conformación de la clase.

Aunque dicha omisión tornaría necesario que se anulara de inmediato la sentencia que viene recurrida, con el objeto de no dilatar el proceso en el que se debate el derecho de los menores de edad de acceder a la educación, corresponde, si se encontraran reunidos los requisitos necesarios, que el proceso, de ahora en adelante, tramite como un proceso colectivo.

Aunque con alguna imprecisión, así lo ha solicitado el GCBA cuando, según el relato que hizo la Cámara, "...se [había] agravi[ado] de que el *a-quo* desestim[ara] su pretensión de conexidad con el expediente `Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/Amparo' (expte. 23360/0) en trámite por ante el Juzgado del Fuero N° 3, Secretaría N°5. [Al respecto había m]anifest[ado] que el amparo aquí en análisis t[en]e[n] íntima vinculación con dicha causa por tratarse del requerimiento de una vacante escolar inicial". Asimismo, refirió que "...la conexidad se evidencia[ba] porque concurr[ía]n identidad en sus elementos y porque se halla[ba]n vinculadas las circunstancias del mismo con la naturaleza de las cuestiones [que] aquí [se habían] invocad[o], a fin de [que se] evita[ran] el dictado de sentencias contradictorias" (cf. fs. 24 vuelta).

Finalmente, nuevamente según el relato de la Cámara, el GCBA había postulado que si se rechazaba el pedido de acumulación "...se estaría haciendo caso omiso a un amparo colectivo como es el de ACIJ" (cf. fs. 24 vuelta). En ese orden de ideas, refiere que la pretensión de la parte actora estaría alcanzada por el acuerdo al que se arribó en el expediente "ACIJ" que, según postula, habría pasado en autoridad de cosa juzgada colectiva.

tal colectivo.

ARTICULO 33. — Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación.

La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.



Expte. nº 15995/18

El derecho de quien demanda o es demandado individualmente a requerir que su contraparte sea organizada como un colectivo. Atención de una necesidad inmediata.

11. Aunque no esté experimentado en nuestro medio, atender al pedido de una parte, en el caso la demandada, de organizar a la contraria como clase no carece de precedentes en el derecho comparado. Tal el caso de la Regla 23 ya mencionada. En particular, esa Regla 23 prevé la determinación “precisa” de los alcances subjetivos de la cosa juzgada, es decir, el universo de personas que quedarán alcanzadas por el sentencia que se adopte, circunstancia que queda determinada con la “certificación de la clase” —“*The Class Certification Decision*”, cf. Fed.R.Civ.P 23 (c)—; acto judicial que corresponde a los inicios del debate y exige la verificación de los requisitos que ya mencioné.

El caso que aquí nos ocupa es un ejemplo de lo previsto en los puntos (1) (A) y (B), y (2) de la Regla, pues se trata de una situación en que procesos distintos exponen a soluciones consistentes en estándares incompatibles de conducta para la contraparte de la clase.

En tales condiciones, esa clase demandada puede requerir, como ya lo ha hecho, que la parte actora sea constituida en integrante de una clase. Esa clase, por lo dicho más arriba, está ya constituida en la causa *ACIJ c/GCBA* ya citada.

12. Acerca de la posibilidad de que se constituya a la demandante como clase. el Proyecto de Procesos Colectivos (V. punto 8 y 9 de este voto) refiere en el art. 11 que:

“...el tribunal, de oficio o a pedido de parte, en cualquier caso, ante un reclamo individual o colectivo inferior al número indicado, [se encuentra habilitado para] ent[ender] que corresponde formar un proceso colectivo. En tal supuesto, dará vista al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público. Si alguna de estas instituciones se integra al proceso con el fin de que el mismo se desarrolle como un proceso colectivo, o se agregue la cantidad adecuada de sujetos, la petición inicial o el proceso ya iniciado se transformarán en proceso colectivo”.

A su turno, al referirse a las notificaciones, el art. 15 prevé quienes quedarán incluidos en la clase y la forma de quedar excluido:

“...El tribunal inmediatamente notificará de la mejor forma posible de acuerdo con las circunstancias a los miembros del grupo, incluyendo la notificación en forma individual, en la misma forma que se notifica a los demandados, a todos los miembros que puedan ser identificados mediante un razonable esfuerzo. c) Contenido de la notificación a los miembros del grupo. La notificación a los miembros del grupo advertirá a cada uno que: 1º) el tribunal lo excluirá del grupo, si el miembro lo solicita siempre que se tratase de derechos individuales homogéneos, 2º) el decisorio, resulte favorable o no, incluirá a todos los miembros que no requieran exclusión, y 3º) cada miembro que no requiera exclusión podrá, si lo desea, intervenir en el juicio mediante un abogado, para que controle y lo asista respecto de sus derechos individuales. d) Exclusión del grupo. En la notificación se hará constar que los miembros del grupo tienen la posibilidad de solicitar su exclusión del proceso y de los efectos de éste produzca dentro del plazo de sesenta días hábiles. Los miembros del grupo que no hayan pedido la exclusión serán considerados parte en el proceso. Se informará que, de no ejercer la opción, sus derechos serán defendidos por el representante que resulte designado. La solicitud de exclusión deberá fundarse en una causa relevante y podrá ser denegada por el tribunal. ”.

13. La educación, en tanto es la base del desarrollo del ser humano, no puede llegar tardíamente. Debe ser brindada por el Estado, en forma gratuita y debe garantizar la igualdad de oportunidades y no discriminación. Ello aconseja buscar los medios adecuados para dar la más inmediata respuesta a la necesidad de que el tratamiento judicial responda a la indivisibilidad del objeto de la *litis*.

Como ya se dijo, este pleito tiene un objeto indivisible, que, al tiempo en que la acción fue articulada, ya venía tratado en el proceso promovido por ACIJ.

En ese escenario, repito, el GCBA demandado tiene derecho a que la parte oponente se constituya como clase y, en consecuencia, a litigar en un único proceso. Por una parte, porque es un derecho propio de la acción de clase cuyo fundamento, ciertamente, es atender al derecho de defensa y garantizar un pronunciamiento fundado en la ley. Por otra parte, porque se trata de una situación en que procesos distintos exponen a soluciones consistentes en estándares incompatibles de



Expte. nº 15995/18

conducta para el GCBA y susceptibles de afectar a quienes no están representados en el proceso, así como ha mediado renuencia a litigar en el marco de la clase, a excepción de ACIJ que lo ha requerido expresamente.

13.1. Los miembros de la clase no pueden optar por ejercer ese derecho colectivo en procesos distintos, puesto que el objeto por indivisible no admite más que uno. Mientras puedan hacer peticiones útiles a su interés jurídico, los miembros de la clase pueden participar en el proceso en que primeramente se hubiera tenido la clase por configurada. No permitirlo supondría privarlos de su derecho a acceder a la justicia en defensa de ese derecho colectivo. No cabe retrotraer el proceso en que primeramente se hubiera tenido la clase por configurada, pues hacerlo sería en perjuicio de la clase y aun de los miembros que se incorporasen tardíamente. En el proceso instado por ACIJ aún pueden formularse peticiones a propósito del acuerdo presentado en la audiencia del 15 de febrero de 2011.

Conclusión

14. Por todo lo expuesto: A) no cabe retrotraer el proceso para aquellos que lo han avanzado más; B) no admitir a los nuevos actores que han interpuesto demandas por fuera del caso "ACIJ" perjudicaría su derecho de defensa; y, por último C) retrotraer el proceso podría llevar a que los actores sean escuchados pero, al mismo tiempo, postergaría la solución para ellos mismos, por lo que les quedaría la posibilidad de invocar aquellos aspectos significativos no propuestos por el representante cuyo proceso esté más avanzado.

15. En consecuencia, los actores deberán ser admitidos al proceso que tramita como *ACIJ c/GCBA* ya citado, y participar en él, según la representación que allí se resuelva. Ello será así, en tanto ese proceso continúe y tenga normal término.

De este modo, se suspende el trámite de este proceso a las resultas de lo que ocurra en el colectivo instado por ACIJ.

Por ello, voto por i. hacer lugar al recurso de queja y de inconstitucionalidad; ii. acumular estas actuaciones al proceso colectivo instado por la ACIJ I; y, iii. suspender el trámite de este expediente a las resultas de lo que ocurra en aquél otro.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Corresponde rechazar la queja que interpusiera el GCBA (fs. 52/59) toda vez que no satisface la carga de fundamentación que prescribe el artículo 32 de la ley n° 402.

2. Es requisito necesario del recurso directo que contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (“Fantuzzi, José Roberto y otro s/ art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expediente n° 865, resolución del 09 de abril de 2.001, entre otros). Y, este recaudo no se verifica en autos.

3. Cabe recordar que la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario denegó el recurso de inconstitucionalidad con apoyo en las siguientes razones:

i) Ausencia de relación directa e inmediata entre los perjuicios constitucionales referidos y la sentencia recurrida.

ii) Simple disconformidad con la decisión objetada, en punto a cuestiones infraconstitucionales.

4. Los argumentos enunciados en el apartado anterior no fueron refutados por el quejoso.

La lectura de la presentación directa permite corroborar que sus dichos no superan el nivel de una mera discrepancia, no fueron acompañados de una exposición seria y fundada que los justifiquen o respalden y no constituyen —en mérito de lo señalado— una crítica suficiente en los términos que exige el artículo 32 de la ley n° 402.

5. Por ello, voto por rechazar la queja del GCBA (fs. 52/59).

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Admitir la queja y **hacer lugar** al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Revocar la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fecha 13 de junio de 2018, actuación n° 11660899/2018; y **rechazar** la demanda de amparo promovida por N. B. H.



Expte. nº 15995/18

3. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario.

La sentencia se dicta en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.