



JUNÍN DE LOS ANDES, 25 de Noviembre del año 2024.

**VISTOS:**

Estos autos caratulados "**GASSO LUCIA C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCIÓN DE AMPARO**" (Expte. n° **90484/2024**), de trámite ante este Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 2 de la IV Circunscripción Judicial, de los que,

**RESULTA:**

**1) Demanda**

Que a fojas 27/33 se presenta LUCIA GASSÓ con el patrocinio letrado del Dr. C .... y promueve acción de amparo contra la MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES solicitando que se la condene a:

a) Se la condene a cesar en acciones intimidatorias.

b) Se la condene a definir un rubro (actividad) bajo el cual pida y obtenga licencia comercial.

c) Se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 14592/24.

Sustenta la demanda en los siguientes hechos:

\* Tramitó y obtuvo ante la Municipalidad de San Martín de los Andes una licencia comercial provisoria para desarrollar una actividad educativa no formal (no regulada por el Consejo Provincial de Educación) consistente en un taller de juego para niños/as con orientación familiar que funciona bajo el nombre



de fantasía "Grupito Espacio de Juego" y del cual es titular en calidad de profesional Licenciada en Psicopedagogía.

\* El 10/04/23 la demandada puso en su conocimiento - aunque informalmente- que la licencia fue dada de baja porque el rubro comercial bajo el cual se le había otorgado (taller de juego) ya no existe.

\* El 20/04/23 la Dirección Municipal de Rentas efectuó una 1° inspección en el domicilio comercial y la intimó para que en 72 horas se adecúe la licencia a lo normado en la Ordenanza N° 2016/96 sobre Jardines Maternales; y vencido el plazo dispuso la clausura.

Recurrido el acto, el Juzgado Administrativo de Faltas lo dejó sin efecto y la intimó para que en 15 días (contados desde que la Dirección Municipal de Rentas indique en qué rubro encuadra su actividad) acredite haber instado el trámite tendiente a la obtención de licencia comercial, y en 6 meses demuestre haberla obtenido.

\* En Noviembre/23 la Dirección Municipal de Rentas efectuó una 2° inspección y la intimó nuevamente para que en 72 horas adecúe la licencia a lo normado en la Ordenanza N° 2016/96; y vencido el plazo dispuso la clausura.

Recurrido este segundo acto, el Juzgado Administrativo de Faltas también lo dejó sin efecto y la intimó para que en 90 días acredite haber obtenido licencia comercial en los términos de la Ordenanza N° 11505/17.



\* Requirió verbalmente en la Dirección Municipal de Rentas que se le informe el rubro bajo el cual debe peticionar la licencia, pero no obtuvo respuesta.

En Diciembre/23 instó por escrito reclamación administrativa con el mismo propósito, y luego interpeló mediante carta documento, persistiendo en todos los casos el silencio de la Administración.

\* El 05/04/24 la Dirección Municipal de Rentas efectuó una 3° inspección y la intimó para que cese la actividad hasta tanto haya obtenido licencia en el rubro "jardín maternal" (Ordenanza N° 2016).

\* Durante el año 2024 el Honorable Concejo Deliberante de San Martín de los Andes dictó la Ordenanza N° 14592/24 que incorporó el art. 2 bis a la Ordenanza N° 10643/15 estableciendo que queda prohibido dentro del ejido la creación de Centros De Desarrollo Infantil por parte de organizaciones no gubernamentales.

Peticiona que se declare la inconstitucionalidad de la norma por resultar una reglamentación irrazonable de los derechos previstos en los arts. 14, 16 y 18 de la Constitución Nacional y arts. 22, 46, 47 y 52 de la Constitución Provincial.

Discurre sobre la naturaleza y fin de diversas normas que regulan la actividad de jardines maternas, y recalca que su actividad es diferente.



Sintetiza entonces que las conductas desarrolladas por la demandada (en especial el apercibimiento de proceder prontamente a la clausura) implican una seria e inminente amenaza de vulneración de su derecho constitucional a ejercer una actividad lícita.

Finalmente ofrece prueba, pide que se dicte medida cautelar de no innovar y se haga lugar a la demanda.

**2) Declaración de admisibilidad y rechazo de la precautoria**

A fs. 33/35 se declaró la admisibilidad formal de la acción en los términos del art. 11 de la ley 1981, se ordenó correr traslado de la acción, y se desestimó la solicitud de medida cautelar.

**3) Comparecencia de la autoridad e informe del art. 11 ley 1981**

A fojas 154/158 se presentó la MUNICIPALIDAD DE SAN MARTÍN DE LOS ANDES por medio de su letrado apoderado Dr. ... y contestó demanda propiciando su rechazo.

En forma preliminar sostiene que la demanda debió ser declarada inadmisibile en los términos de los arts. 3 y 11 de la ley 1981 porque el obrar estatal fue efectuado sin incurrir en arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, la actora contaba con vías más idóneas para satisfacer su interés (reclamación administrativa, amparo por mora y acción procesal



administrativa), y además la cuestión amerita un debate más amplio.

Respecto del fondo del asunto señala:

\* El 02/11/20 se otorgó a GASSÓ una licencia comercial provisoria; pero dado que más adelante se constataron irregularidades (el plazo de vigencia estaba vencido, no estaba ejerciendo actividad en el domicilio declarado y registraba deuda) se procedió a su baja.

\* La administrada instó un nuevo pedido de licencia.

\* Pero antes de resolverse la solicitud se dictó la Ordenanza N° 14592/24 que impide el desarrollo de la actividad por parte de organizaciones no estatales.

Defiende la validez de la norma indicando que se dictó en uso de competencias asignadas constitucionalmente y que la interesada no brinda motivos suficientes para proceder a su descalificación.

Finalmente ofrece pruebas (adjunta expedientes administrativos labrados) y pide el rechazo de la demanda.

#### **4) Comparecencia de la Fiscalía de Estado**

A fs. 166 toma intervención éste órgano en los términos de la ley 1.575.

#### **5) Trámite procesal**

Dado que las partes sólo ofrecieron documental no se abrió la causa a prueba.



A fs. 174/175 el Ministerio Público Fiscal emitió dictamen propiciando la declaración de inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 14592/24 por considerar que se trata de una reglamentación irrazonable de los arts. 14, 16 y 19 de la Constitución Nacional ya que altera sustancialmente el sentido y alcance de estas normas de jerarquía superior.

Finalmente a fojas 176 se llaman los autos para dictar sentencia.

**CONSIDERANDO:**

**6) Marco normativo de la acción promovida**

Corresponde en primer lugar encuadrar la acción promovida en las previsiones de la ley 1981 modificada por ley 3049, el artículo 43 de la Constitución Nacional, el art. 59 de la Constitución Provincial y los lineamientos trazados por el Tribunal Superior de Justicia, en "Peralta, Dora c/Municipalidad de Neuquén s/Acción de Amparo" (Expte. N° 447-año 2002 - Ac. N° 13/2003), "Casas, Julio Cesar c/Consejo Provincial de Educación s/Acción de Amparo" (Expte. 280-año 2003 - Ac. N° 23/2003) y "Martínez, Mónica Patricia c/Provincia del Neuquén s/Acción de Amparo" (Expte. N° 409-año 2003 - Ac. N° 5/2004) entre otros, en los cuales se sostuvo que los presupuestos condicionantes de la viabilidad procesal del amparo son los siguientes: ilegitimidad, arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo de los derechos de quien pretende la tutela jurisdiccional; perjuicio grave e



irreparable derivado de dicho acto; e inexistencia de otros procedimientos judiciales más eficaces que posibiliten dar respuesta idónea a la pretensión de la amparista.

Así, la procedencia de la vía excepcional del amparo requiere -entre otros presupuestos- que el derecho alegado sea evidente, de manera tal que no sea necesario mayor análisis.

Es que "La función del juez en el amparo es la de, simplemente, verificar conforme los elementos de juicio aportados, la existencia y titularidad del derecho, pero no la de darle certidumbre, ni admitir al efecto debates y probanzas que transformen la finalidad de la vía intentada, ya que establecer la liquidez del derecho invocado, no es objetivo sino presupuesto, en ese tipo de litigio" (Rivas, "El Amparo", pág. 54) (JUBA7-NQN- Q0004118).

"En el ámbito provincial local la acción procesal administrativa y el amparo tienen en común la misión de incentivar el control jurisdiccional de la conducta seguida por la autoridad estatal, en salvaguarda del principio de legalidad. Empero, la Constitución Provincial, y a partir de ella, las leyes dictadas en consecuencia (Nros. 1035 y 1981), delimitan sus respectivos ámbitos de actuación, como así también, diferencian las atribuciones de sendos órganos competentes. Y, es a la luz de lo prescripto en su artículo 171 que el Tribunal Superior de Justicia ha de conocer y resolver, en única instancia, las causas contencioso administrativas,



dejando librado al legislador la determinación de lo que debe entenderse por tales causas (arts. 2° y 3° ley 1.305)“.

“Ello no obstante, también existe la protección por vía del amparo, que hace posible el tratamiento de conflictos administrativos, empero, atribuyéndose la competencia a los jueces de primera instancia (art. 4° Ley 1.981, ya citada), protección ésta que se encuentra condicionada, en orden a su procedencia, a que la actividad administrativa cuestionada “...en forma actual e inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución de la Provincia, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus” (art. 1° Ley cit). “De allí, entonces, que sólo en dichos excepcionalísimos casos y con las remozadas restricciones establecidas a partir de la reforma constitucional de 1994 al art. 3° de la Ley de Amparo local, es que habrá de producirse esa suerte de desplazamiento, ya que, de no mediar tales trascendentales circunstancias, la vía no habrá de ser admisible, en un todo de acuerdo con el concreto mandato constitucional, que impone al propio tiempo un ejercicio responsable de autolimitación jurisdiccional, y en el caso, ello deberá ser prudencialmente meritado por los jueces de Primera Instancia” (Rivarola Claro c/ Consejo Provincial de educación y otro s/ acción de amparo“, Expte. N° 148- 2004,



Tribunal Superior de Justicia del Neuquén. Secretaría Civil.  
Sentencia del 25/11/04 - Protocolo nro. 36/04).

**7) Plataforma fáctica**

**a) Hechos sobre los que hay acuerdo**

1°) Otorgamiento de licencia provisoria

Mediante Disposición N° SEH 654/20 el 02/11/20 la MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES otorgó a la accionante licencia comercial N° 7145 con carácter provisorio para que realice actividad bajo el rubro TALLER DE JUEGOS INFANTILES PARA NIÑOS A PARTIR DE LOS 3 AÑOS y nombre de fantasía "Grupito Espacio de Juego".

2°) Clausura

En Abril/23, previa intimación para que adecúe la licencia a lo normado en la Ordenanza N° 2016/96 que regula el rubro JARDINES MATERNALES, se dispuso la clausura del establecimiento.

3°) Revocación - intimación genérica

Pero el Juzgado Administrativo de Faltas dejó sin efecto la decisión y la intimó para que en 15 días (contados desde que la oficina fiscal indique en qué rubro encuadra su actividad) acredite haber instado el trámite tendiente a la obtención de licencia comercial y en 6 meses demuestre su concesión.

4°) Segunda clausura

En Noviembre/23 se dispuso una segunda clausura.



5°) Revocación - intimación concreta

Esta decisión también fue dejada sin efecto por el Juzgado Administrativo de Faltas, quien esta vez la intimó para que en 90 días acredite haber obtenido licencia comercial específica y concretamente en los términos de la Ordenanza N° 11505 que regula el rubro CENTROS DE DESARROLLO INFANTIL.

6°) Baja

Mediante Disposición N° SEH 450/23 el 31/03/24 la Dirección de Hacienda dispuso la baja de la licencia comercial (fs. 69).

7°) Cambio legislativo del régimen

El 29/02/24 se dictó la Ordenanza N° 14592/24 que dispuso que los CENTROS DE DESARROLLO INFANTIL sólo pueden ser estatales, y derogó la norma que posibilitaba que un particular obtuviera licencia bajo ese rubro (Ordenanza N° 11505).

**b) Hechos controvertidos y planteos de derecho**

\* Si la conducta desplegada por la Administración implica acto u omisión que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta el derecho de la actora a ejercer industria lícita previsto en el art 14 de la Constitución Nacional.

\* Si la Ordenanza N° 14592 es inconstitucional en este caso concreto.

**c) Admisibilidad formal de la acción**



No cabe en cambio efectuar en este estadio procesal análisis alguno respecto de la disconformidad que la demandada expresa respecto de la admisibilidad formal de la acción, pues tal como se establece en el art. 11 de la ley 1981 -y aquella lo reconoce a fs. 155 apartado c primer párrafo- carece de legitimación para reeditar ese asunto que ya fue zanjado en la resolución de fs. 34/35 y está alcanzado por el principio de preclusión.

**8) Expediente administrativo SEH "LICENCIA COMERCIAL N° 7145"**

De su compulsas (obra digitalizado a fs. 46/86) surge lo siguiente:

\* Solicitud de apertura del trámite (fs. 1) en la cual la administrada declara que la actividad a ejercer es "Taller de Juego" (fs. 48 y 48 vta).

\* Justificación del espacio físico en el que se desarrollará (fs. 49 vta/52) y del modo en que la actividad se desarrollará (fs. 53, 57/64, 68 y 80/86).

\* Nota del Subsecretario de Infancias que expresa conformidad y pide a la oficina fiscal que informe bajo qué normativa se otorgará la licencia (fs. 54).

\* Constancia de que GASSÓ es contribuyente de los fiscos nacional (fs. 56) y provincial (fs. 56 vta)



\* Intercambio de correos electrónicos con el CPE (fs. 65/66) en el que le indican que no debe registrar la actividad u obtener conformidad de ese organismo.

\* Pedido de dictamen al área legal (fs. 79 vta).

\* Disposición SEH N° 654 del 02/11/20 en la que se otorga a GASSÓ la licencia comercial N° 7145 con carácter provisorio para que desarrolle actividad de "taller de juegos infantiles para niños a partir de los 3 años" (fs. 77).

\* Intercambio de notas entre distintas áreas municipales (fs. 73/74) entre Abril y Septiembre/21 en la que discurren sobre una eventual modificación de la licencia.

\* Acta de inspección N° 229 del 22/03/23 en la que se verifica que la actividad no está siendo desarrollada en el domicilio declarado (fs. 72 vta)

\* Acta de inspección N° 331 del 30/03/23 en la que se verifica que la contribuyente registra deuda y que el plazo de la licencia está vencido (fs. 71)

\* Disposición SEH N° 450 del 31/03/23 en la que por esos motivos se dispone la baja de oficio de la licencia comercial por infracción al Código Tributario Municipal (fs. 69).

**9) Expediente administrativo SEH "MESA DE ENTRADAS N° 1620/50"**

De su compulsas (obra digitalizado a fs. 87/100) surge lo siguiente:



\* Solicitud de apertura del trámite de Abril/23 (fs. 87/97 y 100 vta) en la cual la administrada pide renovación de licencia (fs. 100 vta), presenta similar documentación que en la ocasión anterior y declara que la actividad a ejercer es "Espacio de juego donde se brindan talleres de movimiento libre para bebés de 10 meses hasta niños de 3 años" (fs. 92 vta).

\* Nota de Dirección de Rentas que señala que el rubro no se encuentra normado, y dado que involucra a menores de edad es conveniente que el pedido sea evaluado por otra área, aunque no indica cuál (fs. 99 vta).

No obra constancia de que la Administración haya resuelto el pedido.

**10) Expediente del Honorable Concejo Deliberante N° 5001/108/23)**

De su compulsa (obra digitalizado a fs. 101/153) surge lo siguiente:

\* Proyecto de Ordenanza de creación del rubro comercial "Talleres lúdicos y culturales" (fs. 101 vta y 102 vta).

\* Dictamen de la Subsecretaría de Infancias (fs. 108 vta/109)

\* Opinión del CPE (fs. 115/116)

\* Dictamen del Área de Asesoría Legal (fs. 116 vta/117) en el cual estima inaplicable en la práctica la



Ordenanza N° 14074, particularmente su art. 1 bis incorporado por la Ordenanza N° 14099.

\* Nota de la Subsecretaría de Ingresos Públicos que señala "no crearemos ningún rubro que abarque éste tipo de actividades y sobre todo en niños de la edad antes mencionada" (se refiere a Talleres Lúdicos y Recreativos), afirma que no cumplirá lo establecido en la Ordenanza N° 14074 y sostiene que los interesados en prestar estos servicios deben adecuarse a la Ordenanza N° 2016 que regula Jardines Maternales.

\* Sentencia N° 522/23 del Juzgado Administrativo de Faltas del 15/12/23 en la que se anulan las actas que habían dispuesto la clausura del establecimiento y se intima a GASSÓ para que en 90 días acredite haber obtenido licencia en los términos de la Ordenanza N° 11505 que regula los Centros de Desarrollo Infantil (fs. 129 vta/131). El fallo se notificó el 19/12/23 (fs. 131), por lo cual el plazo -que cuenta en días administrativos hábiles- vencía el 02/05/24.

\* Pedido de dictamen formulado por el área fiscal (fs. 143) sosteniendo que en su opinión los Centros de Desarrollo Infantil sólo deberían ser estatales.

\* Dictamen del área legal que recomienda que los interesados en explotar ese rubro deben adecuarse a la normativa sobre Jardines Maternales prevista en Ordenanza N° 2096 (fs. 143 vta).



\* Comunicación N° 05/24 del 29/02/24 en la que el H. Concejo Deliberante pide al CPE que intervenga para regularizar la situación de guarderías infantiles que no están registradas ante ese organismo.

**11) Normativas municipales en pugna**

**a) JARDINES MATERNALES**

**Ordenanza N° 2016** (vigente)

Regula la actividad denominada "JARDÍN MATERNAL" que consiste en un lugar físico destinado al cuidado y formación de los niños en edades de 45 días a 5 años (art. 1), de carácter privado (art. 4), debiendo registrarse las salas habilitadas en el Consejo Provincial de Educación (art. 13) conforme Ley 695 y normas complementarias.

**b) CENTROS DE DESARROLLO INFANTIL**

**Ordenanza N° 10643** (vigente y reglamentada por Decreto PEM N° 2360/15)

La MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES se adhiere a la Ley Nacional 26.233 (Centros de Desarrollo Infantil, Promoción y Regulación) y su correspondiente Decreto (art. 1).

**Ordenanza N° 11505** (derogada)

Creó el rubro comercial CENTRO DE DESARROLLO INFANTIL consistente en un espacio de educación no formal para atención integral de niños de hasta 4 años de edad (art. 1).

**Ordenanza N° 14592** (vigente)



Fue publicada en Boletín Oficial el 22/03/24, por lo que conforme lo normado en el art. 49 de la Carta Orgánica entró en vigencia 5 días hábiles después, esto es el 29/03/24.

Modificó la Ord. N° 10643 introduciendo el art. 2 bis por medio del cual se prohíbe crear Centros de Desarrollo Infantil por parte de organizaciones no gubernamentales.

Y derogó la Ord. N° 11505 (es decir imposibilitó que desde el 29/03/24 un particular obtenga licencia para explotar este rubro).

**c) TALLERES RECREATIVOS**

**Ordenanza N° 12972** (derogada)

Creó el rubro "Talleres recreativos" consistente en servicios de educación no formal y complementaria, orientada a la difusión de las artes y la cultura.

**Ordenanza N° 14074** (en vigor desde el 12/12/23)

Derogó la Ord. N° 12972

**Ordenanza N° 14099** (vigente)

Modificó la Ord. N° 14074 estableciendo que en 180 días el Departamento Ejecutivo debe efectuar la adecuación de las licencias comerciales vigentes y en trámite al rubro que corresponda, otorgándoles por ese plazo una habilitación a término, excluyendo taxativamente aquellos establecimientos destinados al cuidado de niños y niñas y los enmarcados en las Ordenanzas 2016 y 11505.

**12) Aplicación de tales normativas al caso**



a) **JARDINES MATERNALES**

La norma que regula esta actividad resulta inaplicable a la actora porque:

\* Así se resolvió -a contrario sensu- en la sentencia N° 522 que el Juzgado Administrativo de Faltas de la Municipalidad de San Martín de los Andes dictó conforme las atribuciones previstas en el art. 117 de la Carta Orgánica (fs. 23 vta/25 y 129 vta/131), por lo cual las demás áreas del mismo Estado local deben adecuarse a ello.

\* La propia Administración al conceder la licencia N° 7145 (fs. 77) merituyó la apreciación vertida por el CPE respecto de que el taller de juegos administrado por la actora no se halla bajo su órbita de control (fs. 65).

b) **TALLERES RECREATIVOS**

Este otro régimen tampoco resulta aplicable porque:

\* Contemplaba actividades orientadas a "difusión de las artes y la cultura", lo que no encuadra en la desarrollada por GASSÓ (fs. 53, 57/64, 68, 80/86 y 92 vta).

\* Y además se halla derogado por la Ordenanza N° 14074 (publicada en B.O. el 05/12/23 y en vigor desde el 12/12/23).

c) **CENTROS DE DESARROLLO INFANTIL**

Este otro régimen en cambio sí resulta aplicable a GASSÓ porque así se resolvió en la sentencia N° 522 dictada por el Juzgado Administrativo de Faltas de la Municipalidad de San Martín de los Andes, lo que *conlleva la necesidad de que todas*



*las reparticiones del Municipio -incluida por supuesto la Dirección de Rentas dependiente de la Secretaría de Economía y Hacienda- se adecúen a tal decisión.*

En el fallo (fs. 23 vta/25 y 129 vta/131) no solamente se le hizo saber a GASSÓ que ese es el régimen aplicable, sino más aún se la conminó a urgir el trámite conforme a él, lo que la interesada así hizo (fs. 87/100) pero la Dirección Municipal de Rentas dio una respuesta negativa (o al menos evasiva) aún luego de ser interpelada (fs. 41).

El obrar de la Administración fue incongruente porque:

\* El día 15/12/23 el Juzgado Municipal de Faltas intimó a GASSÓ a que acredite haber obtenido licencia comercial en los términos de la Ordenanza N° 11505 (Centros de Desarrollo Infantil) con plazo límite hasta el 02/05/24.

\* La interesada instó los trámites.

\* Pero, estando vigente el plazo, la misma Municipalidad (en este caso el Departamento Legislativo) estableció mediante Ordenanza N° 14592 -en vigor desde el 29/03/24- dos disposiciones que imposibilitaron el cumplimiento de la sentencia, a saber:

- Modificación de la Ord. N° 10643: Prohibió que las organizaciones no gubernamentales (personas particulares entre ellas GASSÓ) obtengan licencia para explotar Centros de Desarrollo Infantil.



- Derogación de la Ord. N° 11505: eliminó el rubro al cual GASSÓ debía adecuarse según la sentencia.

Recalco que este subrepticio cambio normativo fue efectuado mientras aún estaba corriendo el plazo de la conminación que dispuso el Juzgado Municipal de Faltas (vencía el 02/05/24) y cuando la interesada ya había instado los trámites pertinentes para cumplir con el fallo.

Por esta razón la arbitrariedad e ilegalidad en el obrar de la demandada surgen manifiestos: un área del Estado Municipal (JMF) resolvió que GASSÓ debía tramitar licencia en el rubro CENTRO DE DESARROLLO INFANTIL y tenía plazo para hacerlo hasta el 02/05/24; y otra área del mismo Estado Municipal (HCD) resolvió que desde el 29/03/24 ya no podía hacerlo, cercenando así el derecho que le fue reconocido en la sentencia ya que le imposibilitó cumplirla.

### **13) Planteo de inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 14592**

#### **a) Norma de jerarquía superior**

La ley nacional N° 26.233 (norma de jerarquía jurídica superior a las Ordenanzas N° 10643 y 14592 que regulan la adhesión en el ámbito local) establece:

Art. 1. La presente ley tiene como objeto la promoción y regulación de los Centros de Desarrollo Infantil.

Art. 5. Los Centros de Desarrollo Infantil, sean éstos gubernamentales o no gubernamentales, deberán adecuar su



funcionamiento a los principios de esta ley y sus normas reglamentarias

Es decir prevé que los CDI pueden ser públicos o privados.

**b) Norma de jerarquía inferior**

La Ordenanza cuestionada dispone:

Queda expresamente prohibida la creación de Centros de Desarrollo Infantil por parte de organizaciones no gubernamentales, permitiéndose su creación solamente a las organizaciones gubernamentales.

La colisión entre ambas normas es evidente.

**c) Disposiciones constitucionales**

Constitución Nacional

Art. 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y *ejercer toda industria lícita* (...)

Art. 28. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, *no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.*

Constitución Provincial

Art. 18. Principio de inalterabilidad.

Los derechos y garantías consagrados por esta Constitución y por la Constitución Nacional, no podrán ser



alterados, restringidos ni limitados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Art. 74 La organización de la economía y la explotación de la riqueza tienen por finalidad el bienestar general, *respetando y fomentando la libre iniciativa privada, con las limitaciones que establece esta Constitución (...)*

Art. 75. Promoción del desarrollo económico social

El Estado provincial fomenta la producción y promueve la industria y el comercio (...) Sanciona leyes de fomento para la radicación de nuevos capitales (...) Favorece la acción de las pequeñas y medianas empresas locales.

Art. 76. Subsidiariedad

*El Estado se abstendrá de intervenir en la actividad privada comercial o industrial hasta donde ello sea compatible con el bienestar general de la población (...)*

**d) Resultado del confronto de ambas normas**

Es evidente que la Ordenanza N° 14592 (jurídicamente de jerarquía inferior) alteró el sentido y sustancia de la Ley 26.233 a la que el propio Municipio adhirió, y además lo hizo a través de un medio que no resulta razonable para alcanzar el fin pretendido, lo que la descalifica en los términos previstos por el art. 28 de la Constitución Nacional y art. 18 de la Constitución Provincial.

Es que no se explica cómo, si el objetivo de la norma superior es promover la existencia de Centros de Desarrollo



Infantil (art. 1 ley 26.233) tanto de gestión estatal como de gestión privada (art. 5), la prohibición introducida en el art. 1 de la Ordenanza podría contribuir a alcanzar ese propósito, ya que más bien parece impedirlo.

Como acertadamente dictaminó el Ministerio Público Fiscal a fs. 174/175, la norma de rango inferior introdujo una sustancial distinción no prevista en la norma de rango superior sin expresar los motivos que racionalmente justifican la medida e infringiendo el principio de subsidiariedad establecido en el art. 76 de la Constitución Provincial.

Ello denota que la norma analizada quebrantó el principio de proporcionalidad y razonabilidad que debe existir en el medio utilizado respecto del fin que se pretende alcanzar.

Es que todo acto gubernativo debe resistir la prueba de la razonabilidad que se funda en el artículo 28 de la Constitución Nacional. La ley que altera, y con mayor razón todavía, suprime el derecho cuyo ejercicio pretende reglamentar, incurre en irrazonabilidad o arbitrariedad, en cuanto imponga limitaciones a éste que no sean proporcionadas a las circunstancias que las motivan y a los fines que se propone alcanzar con ellas (Tratado de Interpretación Constitucional, Segundo L. Quintana, Lexis Nexis, 2° edición, 2007, Tomo I, p. 519).



En este sentido el Tribunal Superior de Justicia ha señalado:

*"las reglas constitucionales que crean derechos, establecen ciertas normas que la legislación común no puede alterar, o al menos, no debe suprimir: son reglas que establecen límites al legislador en su libertad para regular las conductas. De acuerdo a ello, los derechos no son absolutos, sino que admiten restricciones a su ejercicio que debe encontrarse prevista en las leyes que los reglamenten (art. 18 C.P. y 28 C.N.)"*

*A partir del juego armónico de estos preceptos, el legislador tiene un margen de apreciación para decidir qué peso conceder a esos principios y valores jurídicos en juego, y sobre la base de ese juicio valorativo, establecer normas generales para reglamentar la cuestión.*

*Va de suyo que la reglamentación de tales derechos para ser constitucionalmente aceptada debe cumplir un patrón de justicia, dada por la razonabilidad de la restricción" (TSJ, "DIEZ MARIA SOLEDAD Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN s/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD" Expediente N° 6861/19, ACUERDO N° 1/22, 16/02/22).*

En el caso la norma impugnada dispuso un medio (prohibición de que en el ejido de San Martín de los Andes funcionen Centros de Desarrollo Infantil administrados por particulares) sin explicar adecuadamente la razón que informa



tal severa restricción. Esto es, sin fundamentar por qué la medida resulta indispensable al punto de ser tolerable que contradiga abiertamente los objetivos y previsiones de la norma de rango superior (arts. 1 y 5 de la ley 26.233), así como también que restrinja los derechos de ejercer industria lícita y obtener un trato igualitario (arts. 14 y 16 de la Carta Magna) y el principio de subsidiariedad vigente en la Provincia (art. 76 Constitución Provincial).

La demandada dictó entonces una norma que contraviene sustancialmente a la de rango superior y escogió un medio desproporcionado para arribar al fin buscado sin explicitar los motivos que justifican la medida, y de tal modo efectuó una reglamentación irrazonable que cercenó derechos de la actora que detentan rango constitucional, por lo que es procedente la impugnación que formula la actora.

En este sentido señala la doctrina:

*"La validez constitucional de una norma no se limita al control formal o adjetivo de ella, es necesario evaluar la relación existente entre los fines perseguidos por la ley y los medios arbitrados por el legislador por la persecución de tales fines, a la luz de los derechos constitucionales (...)*

*En el derecho continental, la locución "razonabilidad" se reserva en general a la "constitucionalidad o legalidad de los motivos o las razones que se alegan para justificar una desigualdad o trato diferenciado"; lo que vendría a significar*



que se relaciona con la interpretación y aplicación del principio de igualdad.

*Por el contrario, la proporcionalidad se refiere al examen de la relación entre los medios y los fines del acto normativo (...)*

*tiene tres juicios internos por los cuales se encauza el control de constitucionalidad de la norma. Se examina tanto la eficacia (subprincipio de idoneidad o adecuación) como la eficiencia de la norma (subprincipio de necesidad), y la proporcionalidad entre los medios y los fines (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto).*

*El análisis de proporcionalidad es un criterio de fundamentación de las decisiones que implica un control riguroso que se aplica, sobre todo, a las normas que regulan derechos fundamentales. Una norma que no atraviesa alguno de estos juicios que se aplican escalonadamente será aquella que interfiera en el contenido esencial del derecho fundamental (...)*

*Este artículo [se refiere al art. 28 CN] consagra, así, la garantía de inalterabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales, ya que si bien una ley no puede alterar un derecho en su esencia, bien puede delimitarlo o regular su contenido, o su ejercicio razonable, pero para ser razonable los medios deben guardar una relación adecuada y proporcionada con los fines y, además, la medida no debe*



*alterar el "contenido esencial" de los derechos y las garantías constitucionales (...)*

*la Corte exige que las leyes sean razonables. Esto significa: a) que la norma debe perseguir una finalidad constitucional; b) que los medios deben ser adecuados (exigencia de eficacia) con respecto a los fines; c) que los medios deben guardar algún grado de proporcionalidad con respecto a los fines; d) que no es función de los jueces juzgar acerca de la oportunidad, merito o conveniencia de la medida - lo que excluye la posibilidad de realizar un juicio de necesidad-, y e) que no se deben alterar los derechos fundamentales, conforme al art. 28 de la Constitución Nacional" (Tratado de Control de Constitucionalidad y Convencionalidad, Jorge A. Amaya, 1° edición, Astrea, 2018, Tomo I, pág. 382/396).*

*"El art. 14 de la Constitución Nacional, que enuncia el grueso de los derechos personales, dispone que ellos se ejercen "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" (...) Tal genérica potestad reglamentaria de los derechos personales con que cuenta el Estado es llamada técnicamente poder de policía (...)*

*La reglamentación no puede válidamente desnaturalizar el derecho en cuestión, ni desvirtuarlo o impedirlo; reglamentar no significa prohibir, ni allanarlo totalmente. Tampoco debe alterarlo (...)*



*Pueden distinguirse, en este punto, tres niveles de razonabilidad: normativo, técnico y axiológico.*

*Ello significa que para aprobar el examen de razonabilidad, la norma -según se verá- tiene que subordinarse a la Constitución, adecuar sus preceptos a los objetivos que pretende alcanzar, y dar soluciones equitativas, con un mínimo de justicia.*

*Eso, desde el punto de vista de los requisitos positivos. En cuanto a los negativos, la norma razonable equivale a norma no arbitraria (...)*

*a) Razonabilidad Normativa (...) el contenido previsto por la ley reglamentaria debe coincidir con el marco de posibilidades regulatorias que brinda la Constitución (...)*

*b) Razonabilidad Técnica. Es la que impone una apropiada adecuación entre los fines postulados por una ley y los medios que planifica para lograrlos (...) Algunos autores añaden otra visualización judicial del tema, la satisfacción del principio de necesidad en la regulación legislativa de un derecho; la limitación de este es aceptable únicamente cuando el legislador no pudo escoger otro medio, también idóneo, pero menos gravoso, para conseguir el fin estatal propuesto (...)*

*c) Razonabilidad Axialógica. Apunta a exigir una cuota básica de justicia intrínseca en las normas, de tal modo que las notoriamente injustas resultan inconstitucionales (...)*



*la reglamentación legislativa de las disposiciones constitucionales debe ser razonable, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, todo ello con el objeto de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con los de la sociedad” (Derecho Constitucional, Néstor P. Sagües, 1° ed., Astrea, 2017, pág. 698/707).*

*“los componentes de la máxima de razonabilidad son tres (...)*

#### *EL JUICIO DE ADECUACIÓN*

*Lo primero que se exige de una medida es que tenga un fin. Lo segundo, que sea adecuada para el logro de ese fin. Es decir, que sea capaz de causar su objetivo. El subprincipio de adecuación tiene por finalidad controlar una cosa y otra (...)*

#### *EL JUICIO DE NECESIDAD*

*Mediante él se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces. Se exige, por tanto, la adopción de la alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos (...)*

#### *EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD STRICTO SENSU*

*consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar” (El*



principio de razonabilidad. Del debido procesos sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, J. Cianciardo, 1° ed., Ábaco, 2004).

*"otra limitación esencial a las normas que trasuntan ejercicio del poder de policía consiste en que deben respetar el principio de razonabilidad. Es de doctrina que el poder de policía no puede ser ejercido en forma irrazonable, o sea, que no puede ejercerse arbitrariamente (...) Pero ¿qué es razonabilidad? Ésta consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determina la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motiva y a los fines que se procuran alcanzar con ellos. En tal sentido se expide la jurisprudencia y también la doctrina. Trátase, pues, de una correspondencia entre los medios propuestos y los fines que a través de ellos deben alcanzarse"* (Tratado de Derecho Administrativo, MARIENHOFF Miguel S, Tomo IV, p. 673/674).

*"El artículo 28 de la Constitución es, antes que un principio, una garantía contra el legislador, y por ende contra el administrador cuando norma las autorizaciones constitucionales. La alteración contra un derecho lleva implícita su destrucción o el cambio total de su función. La Constitución declara que los derechos que asegura y proclama, en especial los de los individuos, no pueden ser suprimidos o*



*inutilizados por normas secundarias. No hay derechos absolutos, pero las garantías y los derechos reconocidos no pueden ser suprimidos. La relatividad de los derechos no significa su desaparición (...). El juicio de razonabilidad sustenta que toda reglamentación debe tratar de no alterar la esencia de los derechos que regla o aplica. La inalterabilidad destaca que el derecho reglamentado debe continuar subsistiendo en forma permanente; que su existencia desaparece si su función no sirve a su contenido"* (Manual de Derecho Administrativo, Fiorini Bartolomé, La Ley, T. II, p. 669).

No paso por alto los siguientes lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

\* La declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional y por ende la última ratio del sistema (Fallos 260:153; 307:531; 314:424; 328:91 y 331:1123).

\* Como regla general no hay derecho a pretender la inmutabilidad del ordenamiento jurídico (Fallos 330:2206, 308:199; 318:1237; 322:158; 324:2248; 326:4030).

\* Al magistrado no le compete verificar el acierto o desventaja de una norma pues ello significaría inmiscuirse en una competencia reservada al legislador (Fallos: 317:126; 324:3345; 325:645).

Pero también es principio inveterado que las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando



resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos 310:2845; 311:394; 312:435, 340:1480, 343:1704).

En el caso concreto, analizado bajo el prisma de los principios constitucionales antes desarrollados, no queda más alternativa que descalificar la norma cuestionada porque quebrantó *infundadamente* el derecho de la actora a ejercer industria lícita (art. 14 CN) al reglamentarlo irrazonablemente estableciendo una prohibición que:

\* EN ABSTRACTO es contraria a los fines y previsiones de la norma de jerarquía superior y altera la sustancia del derecho (lisa y llanamente veda ejercerlo) sin un motivo sensato.

\* EN CONCRETO su aplicación en el caso implicaría contradecir el requerimiento que la propia Municipalidad (fs. 23 vta/25) le impuso a GASSÓ al ordenarle que tramite licencia bajo el rubro que regula los Centros de Desarrollo Infantil (Ord. N° 11505) y, mientras ésta se hallaba encaminada a cumplir lo ordenado, el régimen fue derogado sin darle a aquella posibilidad real de culminar el trámite (ya que no se implementó un régimen de transición lo cual hubiera sido perfectamente posible tal como hizo en la Ord. N° 14099 con otro rubro).



Conforme los lineamientos expuestos es evidente que el art. 1 de la Ordenanza N° 14592/24 (que incorpora el art. 2 bis a la Ordenanza N° 10643/15) no supera el test de validez porque contradice una norma de rango superior; el medio escogido es inadecuado para el logro del fin propuesto (el cual tampoco ha sido debidamente explicitado); y del elenco de posibles medidas igualmente eficaces que estaban al alcance adoptar la seleccionada es la que más restringe el derecho constitucional de la actora a ejercer industria lícita (art. 14 CN) y a obtener un trato igualitario (art. 16 CN).

Por ende, conforme la facultad prevista en el art. 43 primer párrafo de la Constitución Nacional, corresponde excepcionalmente declarar su inconstitucionalidad con efectos únicamente para el caso concreto.

#### **14) Colofón**

En síntesis:

\* El 02/11/20 la Municipalidad de San Martín de los Andes emitió a favor de la actora licencia comercial provisoria para desarrollar una actividad educativa no formal (no regulada por el Consejo Provincial de Educación) consistente en taller de juego para niños/as con orientación familiar (fs. 77).

\* El 31/03/23 dispuso la baja por considerarla en infracción al Código Tributario Municipal (fs. 69).

\* En dos ocasiones una dependencia de la demandada (Dirección Municipal de Rentas que actúa bajo la órbita de la



Secretaría de Hacienda y Economía) dispuso la clausura del establecimiento, pero otra dependencia de la demandada (Juzgado Municipal de Faltas) anuló esas decisiones.

En la segunda ocasión (15/12/23) además esta repartición (JMF) intimó a GASSÓ para que *antes del 02/05/24 acredite haber obtenido licencia comercial en el rubro Centros de Desarrollo Infantil previsto en la Ordenanza N° 11505* (fs. 23 vta/25 y 129 vta/131).

\* La interesada instó los trámites dentro del plazo.

\* Pero *estando el término aún en curso* la demandada a través el Departamento Legislativo estableció en la Ordenanza N° 14592 -en vigor desde el 29/03/24- dos disposiciones que impidieron el cumplimiento del fallo, a saber:

- Derogó el régimen al cual antes le pidió adecuarse (Ord. N° 11505).

- Y a su vez prohibió que las organizaciones no gubernamentales (entre ellas GASSÓ) obtengan licencia bajo el rubro Centro de Desarrollo Infantil.

Por las razones expuestas en el Considerando N° 13, en el caso concreto la aplicación de esa norma es inconstitucional.

\* La Administración no brindó una respuesta definitiva a la reclamación de la actora, siquiera ante interpelación fehaciente (fs. 41). No ignoro que bien podría haber instado la vía del amparo por mora para conminar a la Administración a



brindar una respuesta expresa (arts. 25 a 27 de la ley 1981 y art. 162 de la ley 1284), pero -a la luz de los hechos narrados- está visto que la decisión no hubiera variado.

En suma, el obrar de la demandada exteriorizado en actos provenientes de sus distintas reparticiones que resultaron incongruentes entre sí, implica lesionar con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta el derecho de la actora a ejercer industria lícita que se halla reconocido por el art. 14 de la Constitución Nacional.

En consecuencia la demanda debe prosperar parcialmente respecto de las siguientes pretensiones:

\* Declarar la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ordenanza N° 14592/24.

\* Y permitir que la actora continúe tramitando la licencia comercial bajo el rubro "Centros de Desarrollo Infantil" (para cuya obtención naturalmente deberá cumplir con todos los recaudos pertinentes que prevén las normas tributarias municipales).

En cambio se desestimará la restante pretensión mencionada en el Considerando N° 1.a consistente en que se ordene a la accionada cesar en acciones intimidatorias, dado que su formulación es excesivamente ambigua y genérica lo cual impediría su posterior ejecución según lo previsto en el art. 17.2 de la ley 1981.

#### **15) Costas**



Cabe imponer las costas a la parte demandada que resulta perdidosa pues no encuentro motivos para apartarme del régimen general de la derrota (art. 20 de la ley 1981 y art. 68 del Código Procesal).

Por lo expuesto y conforme lo previsto en el art. 17 de la ley 1981,

**F A L L O:**

**I.-** Hacer lugar parcialmente a la acción de amparo promovida por LUCIA GASSÓ y en su mérito:

**a)** Declarar -con efecto sólo en el caso concreto- la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ordenanza N° 14592/24.

**b)** Condenar a la MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES para que en el plazo de dos (2) días permita que la actora continúe tramitando la licencia comercial bajo el rubro Centro de Desarrollo Infantil.

**II.-** Imponer las costas a la parte demandada (art. 20 ley 1981 y art. 68 del CPCC).

**III.-** Regular los honorarios del siguiente modo de conformidad con lo dispuesto por los artículos 6, 7, 9, 10 y 36 de la Ley 1594:

\* Dr. ... -patrocinante de la parte actora que resultó victoriosa, con actuación en todo el proceso- en la suma de UN MILLON CUATROCIENTOS MIL (**\$1.400.000**).



\* Dr. ... -patrocinante de la parte actora que resultó victoriosa, con actuación sólo a fs. 169- en la suma de PESOS CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL (**\$ 145.000**).

\* Dr. ... -apoderado y patrocinante de la parte demandada- en la suma de UN MILLON QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (**\$ 1.544.438,56**).

\* Dr. ... -Fiscal de Estado presentado a fs. 166 sin efectuar petición alguna ni fundamentación jurídica relevante- en la suma de PESOS CINCUENTA Y CINCO MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO CON CINCUENTA Y DOS CENTVOS (**\$55.158,52**).

Los honorarios se abonarán en la forma y plazo establecidos por el artículo 155 de la Constitución de la Provincia del Neuquén -siempre que la demandada realice en forma oportuna la previsión presupuestaria pertinente-, con más los intereses pertinentes y el porcentaje correspondiente al IVA en caso que los beneficiarios acrediten su condición de responsables inscriptos frente al tributo, también a cargo de la condenada en costas (CSJN 7/8/97, RED 32-31).

**IV.-** Una vez firme el pronunciamiento devuélvase la documentación original acompañada por las partes dejando debida constancia en autos.

**V.-** REGÍSTRESE y NOTIFIQUESE electrónicamente.

**Dr. Santiago Montorfano**

**Juez**