



Expte n° 16353/19 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Rodríguez Barrera, María Soledad c/ GCBA s/ amparo – educación - vacante”

Vistas: las actuaciones indicadas en el epígrafe.

Resulta:

1. Llega a consideración del Tribunal la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: GCBA) contra la resolución denegatoria de su recurso de inconstitucionalidad (fs. 14/20 vuelta).

2. En autos, la Sra. María Soledad Rodríguez Barrera promovió demanda de amparo contra el GCBA (Ministerio de Educación) a efectos de que éste le proveyera lo conducente para que se le otorgara a su hija menor de edad una vacante en el sistema educativo de gestión estatal de la Ciudad en el radio de veinticinco (25) cuadras de su domicilio real o, en su defecto, en el más cercano al mismo (fs. 30/35). En caso de que fuera materialmente imposible obtener la vacante en las instituciones de gestión pública, requirió que se le ordenara al demandado proveerle los fondos necesarios para acceder a ella en el sistema de gestión privada. Solicitó también el dictado de una medida cautelar a través de la cual se ordenase a la demandada asignar una vacante en los términos referidos. Relató que en diciembre de 2017 realizó la inscripción en línea de su hija de ocho (8) meses de edad — en tiempo y forma—, no obteniendo vacante alguna para la niña, quien continuaba en lista de espera al momento de iniciar la presente acción. Manifestó que el sistema de inscripción en línea no permitía efectuar reclamo por la situación particular y, por tanto, no pudo inscribir a su hija. Señaló que tanto ella como el padre de la niña trabajaban jornada completa, razón por la cual necesitaban que la menor de edad asistiera a una institución educativa también de jornada completa.

El GCBA contestó la demanda (fs. 36/42 vuelta).

El juez de primera instancia hizo lugar a la misma y, teniendo en cuenta que la niña ya se encontraba asistiendo a un jardín maternal de gestión privada, como consecuencia del incumplimiento de la medida cautelar dictada en autos, le ordenó al GCBA llevar a cabo las medidas pertinentes para solventar los costos de la vacante otorgada a la accionante en el establecimiento de gestión privada por ella escogido, y a abonar aquellos que había irrogado a tal fin, previa acreditación en autos (fs. 43/47). También dispuso que la efectivización de esa sentencia fuera informada directamente a ese Tribunal en el plazo de cinco (5) días.



3. Contra esa decisión el GCBA interpuso recurso de apelación (fs. 48/52 vuelta), cuyo traslado no fue contestado por la parte actora (conf. fs. 56). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario lo declaró desierto (fs. 55/56).

4. Disconforme, el demandado interpuso recurso de inconstitucionalidad (conf. fs. 7, punto 2, y fs. 57). Corrido el pertinente traslado, la accionante tampoco lo contestó (conf. fs. 7, punto 2.1). La Sala II lo denegó (fs. 7/8 vuelta) y ello dio lugar a la queja referida en el punto 1 de este relato.

5. Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto propició admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad del GCBA y, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida (fs. 70/73).

Fundamentos:

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. En efecto, los agravios del GCBA respecto de la afectación del derecho de defensa en juicio, 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. La Cámara CAyT al denegar el recurso de inconstitucionalidad, incurrió en un exceso ritual al omitir dar tratamiento a los agravios de la recurrente relativos a la declaración de deserción y a la normativa vigente en la materia.

En este sentido, el *a quo* no analizó los argumentos de la recurrente relativos al carácter no obligatorio del servicio de educación inicial, el cual resulta determinante para distinguir las obligaciones estatales del caso.

Respecto del marco normativo aplicable, la situación planteada en autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta *in re* "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: N. B. H. c/ GCBA s/ amparo -educación- vacante", Expte. 15955, sentencia de fecha 16/12/2020.

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 y la ley de Inclusión Educativa Plena. No obstante, ninguna de estas leyes realiza la distinción 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 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 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 hija de ocho meses en el servicio de educación inicial pública no obligatoria, ni el número de orden en el que se encuentra comprendida dentro de 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 confirmó la condena a solventar los costos de la vacante en el establecimiento educativo de gestión privada escogido por la actora, se apartó de los límites que establecen las leyes que regulan la materia.

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

Así lo voto.

La jueza Marcela De Langhe dijo:

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

La sentencia contra la que se alza este último recurso es asimilable a definitiva pues la deserción declarada por el *a quo* le genera un agravio de imposible reparación ulterior al cerrar definitivamente la discusión sobre el fondo de la cuestión debatida y frustra toda posibilidad de acceder a la jurisdicción extraordinaria de este Tribunal Superior. Los agravios planteados se sustentan en la correcta aplicación de las garantías constitucionales del debido proceso, el derecho de defensa y la división de poderes y su análisis habilita la instancia recursiva intentada. En cuanto al fondo de la cuestión debatida, la recurrente invocó la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias y dijo que se afectaba el principio de legalidad y la correcta interpretación de la garantía al acceso a la educación.



2. Analizaré en primer lugar los agravios dirigidos contra la calificación de deserción del recurso de apelación del GCBA.

El recurrente se agravia en tanto la sentencia del *a quo* ostentaría tan solo un fundamento aparente, vulnerándose así la garantía constitucional del debido proceso y la garantía de defensa en juicio. Relató el contenido de sus agravios y señaló que no fueron mínimamente considerados por la Alzada.

2.1. La ley procesal impone la deserción del recurso cuando el *“apelante no expresa agravios dentro del plazo o no lo hace en la forma prescripta”*, es decir conteniendo *“la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el/la apelante considere equivocadas”* (artículos 236 y 237 del Código Contencioso Administrativo y Tributario, aplicables al proceso de amparo supletoriamente). Dicha forma exige la identificación de los tramos de la sentencia cuestionados y un desarrollo argumental que ponga de manifiesto los errores en que ha incurrido el juez._

No obstante ello, el juicio de admisibilidad¹ no debería ser más riguroso que constatar que se haya identificado el tramo *concreto* que se objeta de la sentencia y que se hayan expuesto las *razones* en las que se sustenta dicha crítica. Más allá de la solidez jurídica y lógica que luego se adjudique a dicho razonamiento, no puede requerirse en el juicio de admisibilidad más que un *mínimo de inteligibilidad* en el que se aprecie el contenido de la pretensión recursiva. Un mayor rigor liminar podría vulnerar valores constitucionales que los jueces no podemos desconocer. Ante la duda los jueces deben velar siempre por el derecho de las partes a ser oídas y de requerir un pronunciamiento expreso, estimatorio o no, sobre su pretensión recursiva ordinaria².

2.2. En el pronunciamiento de la primera instancia se examinó la petición de la actora y las defensas esgrimidas por la demandada. El juez valoró el hecho de que la demandada hubiese ofrecido una vacante para la niña en un establecimiento de gestión estatal y que se hubiese comunicado en autos que *“la niña había sido inscripta en un jardín maternal de gestión privada por cuestiones domésticas”* (fs. 43 vuelta). Consideró que el ofrecimiento realizado por la demandada *“no respond[día] a los criterios seleccionados oportunamente por la amparista”* en razón del horario de la jornada escolar, y que pese a ello la demandada *“pretendió tener por cumplido el mandato cautelar y la pretensión de fondo”*. Agregó que la demandada *“nada esgrimió con relación a la orden [cautelar] impartida para el supuesto de que no fuera posible asignar una vacante a la niña en los establecimientos de gestión pública, esto es, asegurársela en alguna otra institución no dependiente de gestión estatal”* (fs. 46 vuelta) y afirmó el deber de la demandada de satisfacer la pretensión amparística que consideró

1 Palacio, Lino Enrique. *“Derecho Procesal Civil”*, Abeldo Perrot, Buenos Aires, 1993. Tº V, pags. 41 y 42.

2 Colombo, Carlos J y Kiper, Claudio M. *“Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado”*. Tomo III. Tercera Edición. Ed. La Ley. Buenos Aires, 2011. Pág. 181.



incumplida. Así, pues, ordenó al GCBA “*que arbitre los medios necesarios a fin de solventar los costos de la vacante otorgada (...) en el establecimiento educativo de gestión privada escogido por la actora y abonar aquellos en los que la actora ya hubiera irrogado para obtenerla y mantenerla*” (fs. 47).

La demandada apeló dicho pronunciamiento. Entre otros argumentos, consideró que su conducta se ajustó a las normas que citó (entre otras la Resolución 3.337-MEGC/2013) y explicó que lo decidido por el juez constituye un apartamiento de la legalidad y de los alcances que cabe darle a la garantía constitucional al acceso a la educación. Señaló que el juez habría omitido considerar las prioridades para la asignación de vacantes contenidas en las normas en que se amparó, y la inexistencia de alguna condición socioeconómica que mereciese un tratamiento distinto del realizado. A su vez indicó que el ofrecimiento de una vacante en uno de los establecimientos seleccionados por la amparista resultó suficiente para dar por satisfecha su pretensión por cuanto “*el Estado no tiene obligación alguna de ajustar o brindar el servicio de educación de acuerdo a las necesidades individuales y particulares de cada uno de los habitantes*” (fs. 49 vuelta).

2.3. Al decretar la deserción de la apelación el *a quo* entendió que no fueron rebatidas las razones en que se fundó el juez de grado para entender incumplida la manda cautelar, mas ningún tratamiento dio a los agravios que la recurrente esgrimió al criticar la decisión de fondo. Sin embargo, la demandada identificó claramente los tramos de la sentencia que la perjudican y desarrolló argumentos que, más allá de su solidez lógica y jurídica, obligaban a los jueces de la alzada a pronunciarse sobre el mérito de lo pretendido. En efecto, la exposición realizada por la apelante en su recurso supera el estándar del mínimo de inteligibilidad que puede requerirse en el juicio de admisibilidad de un recurso ordinario.

En consecuencia, corresponde hacer excepción a la regla conforme la cual lo atinente a establecer la insuficiencia de los escritos de expresión de agravios y la consiguiente deserción del recurso remite al estudio de una cuestión de hecho y derecho procesal, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario, ya que en el *sub examine* las garantías constitucionales no han sido debidamente resguardadas, vedando a las parte demandada de un modo definitivo su derecho a acceder a un pronunciamiento judicial fundado. (conf. mi voto *in re* “Cardoso”, expte. 17.191, 21/10/2019) Corresponde, por lo tanto, revocar la resolución que declaró desierto el recurso de apelación del GCBA.

3. La ley de procedimientos de este Tribunal autoriza a resolver el fondo de la cuestión siempre que ello sea posible (conf. art. 30 *in fine* de la ley 402, —texto consolidado por Ley 6017—). En consecuencia, analizaré a continuación la impugnación constitucional del GCBA contra la sentencia de primera instancia, confirmada por la Cámara.



Tuve la oportunidad de pronunciarme sobre la cuestión en diversos casos sustancialmente análogos al presente, donde analicé el alcance que cabe dar al derecho de acceso a la educación (mi voto *in re* “N. B. H.”, expte. 15.955, 16/12/2020, entre otros)³, por lo que corresponde estar a lo allí dicho, cuyos puntos salientes reitero a continuación.

3.1. El Estado local tiene el deber jurídico de financiar el sistema educativo de gestión estatal, y de proveer acceso gratuito a los establecimientos educativos de aquel sistema en todos sus niveles, desde los cuarenta y cinco días en el nivel inicial hasta la educación superior [artículo 24 CCABA; artículo 1 de la ley 26.075; artículo 1, 9 y 11 inciso h) de la ley 26.206; artículo 29 de la ley 114]. Por su parte, la extensión de las obligaciones vinculadas al servicio varía según se trate de educación obligatoria (artículo 24 CCABA; artículo 1 de la ley local 898; y artículos 16 y 28 de la ley nacional 26.206) o no obligatoria.

3.2. 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. De allí que existe en cabeza del Estado una obligación actual e inmediata de provisión universal de vacantes en ese tramo, 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.

3.3. En los tramos educativos en que la educación no es obligatoria, el Estado local mantiene el deber de organizar un servicio público de educación laica y gratuita y no puede optar por dejar de brindar este servicio, ni puede imponer aranceles en su prestación, ampliando progresivamente las vacantes disponibles. No obstante ello, en este caso el Estado no tiene aquí la obligación inmediata de proveer una vacante a todo aquel 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 (artículo 17 CCABA; artículos 11, 19 y 21 de la ley 26.206).

3.4. Compete únicamente al Poder Legislativo decidir el modo y la velocidad en que corresponda ampliar el sistema estatal de educación inicial [conf. arts. 9 inciso 1, arts. 51, 53, 80 inciso 2 ap. a), 80 incisos 12 y 15, 81 inciso 9 de la CCABA]. Mientras el Poder Legislativo no asigne los fondos

³“GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: N. B. H. c/ GCBA s/ amparo – educación – vacante”. Expte. 15.955, sentencia de 16/12/2020.



suficientes para la universalización del sistema público de educación inicial, el Poder Ejecutivo debe gestionar las vacantes disponibles en el sistema y asignarlas conforme criterios de prioridad públicos y transparentes, a fin de resguardar la igualdad de trato entre todos los aspirantes en igualdad de condiciones.

Las normas constitucionales y legales no contemplan otra diferenciación más que una genérica prioridad a favor de los grupos más vulnerables (artículo 17 CCABA; artículo 1 de la ley local 4036; artículos 11, 19 y 21 de la ley 26.206). El orden jurídico constitucional impone el acceso prioritario de los sectores más desfavorecidos a la educación pública y gratuita no obligatoria pues ello 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 herramienta principal 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 la igualdad y la solidaridad, y garantizando la dignidad de todos los habitantes de la Ciudad.

3.5. De modo que no existe impedimento alguno para que se apliquen las pautas de asignación de vacantes que establezca la Administración, en la medida en que no se compruebe su irrazonabilidad o la vulneración de aquella prioridad. En la medida en que dichas pautas se encuentran contenidas en reglamentos (v.gr. Resolución 3337/MEGC/2013, con sus modificatorias), cabe reconocerles a aquellas la presunción de legitimidad que les confiere el ordenamiento jurídico (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.

3.6. 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.

3.7. Por otra parte, quien resulte beneficiario de una vacante en el sistema público no puede exigir del Estado el pago de las erogaciones que debiere realizar para obtener una vacante en el sistema de gestión privada, aunque considere —e incluso demuestre— que le resulta más conveniente la asistencia a la institución no estatal. Recíprocamente, quien en virtud de la correcta aplicación de las pautas de asignación no resulta adjudicatario de una vacante tampoco puede reclamar el pago de una cuota para asistir a



una escuela privada. 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.

4. 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.

4.1. En su escrito de inicio, la actora relató que había solicitado una vacante para su hija —nacida el 3 de julio de 2017— 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. Señaló que había sido preinscripta en cinco opciones de escuelas, selección que habrían hecho considerando que ambos padres laboran la jornada completa y de otra forma *“resultaría materialmente imposible poder desarrollar nuestro trabajo a los fines de sostener a la familia”* (fs. 3 de los autos principales, a cuyo tenor me referiré salvo expresa mención en contrario). 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. Remarcó su opción por la escuela pública y que le *“resulta materialmente imposible pagar los gastos de un establecimiento privado”*.

La demandada contestó que en su oportunidad 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 (fs. 75 vuelta). Se remitió al contenido de la nota número NO-2018-19154291-DGEGE en el que se aprecia que las vacantes disponibles en la institución seleccionada por la actora en su preinscripción como su primera opción fueron asignadas, de acuerdo a lo establecido en la norma reglamentaria, a niños con mayores prioridades que la actora: *“Aspirantes cuyos responsables trabajan en una institución bajo convenio”; ‘Aspirantes cuyos hermanos son alumnos en la institución en la que se preinscribe’; ‘aspirantes cuyos responsables son docentes’; ‘Aspirantes cuyo responsable principal es único sostén familiar’; ‘Aspirantes cuyo domicilio está dentro del radio de las 10 cuadras de la escuela’ (entre 170m y 653m)”*. Se detalla también que a la actora le asignó la prioridad correspondiente a esta última categoría pero que *“según el metraje que indica el Sistema de Inscripción en Línea reside a 701m”* de la escuela (fs. 65).



Alegó que las vacantes disponibles en un primer momento en las escuelas seleccionadas por la actora como segunda o ulterior opción, fueron asignadas *“a Aspirantes cuya selección fue la primera prioridad y además contaban con mayores prioridades”* (fs. 65). No obstante ello, indicó que luego de *“la etapa de reacomodamiento (...) ha sido posible ofrecer vacante en el Establecimiento (...) elegido por la familia en 2º opción: Escuela Infantil Nº 11 dependiente del Distrito Escolar 5º sita en calle: Los Patos esquina Monteagudo, siendo esta alternativa en el turno Tarde extendido de 13:00 a 19:00 hs.”* (fs. 65 y 75 vuelta).

Tal como se indicó *supra* el juez de grado consideró que no correspondía —como pretendía la demandada— *“tener por cumplido el mandato cautelar y la pretensión de fondo”* con el ofrecimiento realizado, pues este *“no respond[ía] a los criterios seleccionados oportunamente por la amparista”* en razón del horario de la jornada escolar (fs. 104 vuelta), dado que la actora pretendía el turno de jornada extendida que transcurre de 7,30 y las 14 horas (fs. 64). Indicó que *“avanzado ampliamente el ciclo lectivo”* (fs. 104 vuelta) y considerando que *“la niña ya se encuentra asistiendo a un jardín maternal de gestión privada a causa del incumplimiento de la medida cautelar dictada en autos”* (fs. 105), y que *“el GCBA nada esgrimió con relación a la orden [cautelar] impartida para el supuesto de que no fuera posible asignar una vacante a la niña en los establecimientos de gestión pública, esto es, asegurársela en alguna otra institución no dependiente de gestión estatal”* (fs. 104 vuelta), correspondía *“ordenar al GCBA que lleve a cabo las medidas pertinentes para solventar los costos de tal vacante y abonar aquellos en los que la actora ya hubiera irrogado a tal fin”* (fs. 105).

Apelada la decisión la demandada fundó sus agravios. No obstante ello luego formuló un nuevo ofrecimiento de vacante *“en la Escuela Infantil nº 11 DE 05, turno 07:30 a 14:00 hs, siendo esta la segunda opción realizada por la amparista”* y en el mismo horario por ella seleccionado. Es así que solicitó *“se tenga por cumplida la medida cautelar ordenada en autos, y en consecuencia, el objeto del amparo”* (fs. 119).

Tal como se señaló *supra* la Cámara no ingresó al tratamiento de los agravios introducidos por la recurrente al entender que no constituían una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada, y así decretó la deserción del recurso.

4.2 Asiste razón a la recurrente cuando sostiene que los jueces de las anteriores instancias han prescindido de los hechos de la causa, y eso ha ocurrido porque han hecho lugar a la pretensión subsidiaria de la demanda —de *“proveer los montos necesarios para acceder a [una vacante] en el sistema de gestión privada”* (fs. 3, sin el destacado original)— soslayando que la demandada había ofrecido a la actora la vacante reclamada en su pretensión principal.

Los jueces debemos resolver los asuntos traídos a nuestro conocimiento según las circunstancias actuales existentes al momento de emitir nuestras sentencias. Resulta evidente que la Cámara al momento de



su pronunciamiento de fs. 147 y vuelta omitió considerar que el ofrecimiento realizado por el GCBA a fs. 117/119 satisfacía el objeto principal del amparo al ofrecer la vacante pretendida a la que se había preinscripto oportunamente. En efecto, el ofrecimiento referido coincidía con la pretensión tanto en el establecimiento educativo, así como en el nivel y en el tipo de jornada escogidos (fs. 14 y 117). De modo que no existía razón alguna para que el amparo prosperase en la pretensión subsidiaria a la que hizo lugar el juez de grado (fs. 105) y que llegaba al *a quo* resistida por la demandada en su apelación (fs. 114), y sin que se indicasen los argumentos que conducían a apartarse de tal conclusión.

Los reparos que halló el juez de la primera instancia respecto de un ofrecimiento anterior tampoco se advierten suficientes como para suponer que no se encontraba satisfecha la pretensión de la actora. Dicho magistrado había entendido que *“el GCBA no ha asegurado la vacante requerida en tiempo oportuno, sino que solo ha acercado una oferta en respuesta a la medida cautelar dispuesta en autos —ya avanzado ampliamente el ciclo lectivo— y sin ajustarse a los criterios seleccionados por la amparista al requerir la inscripción de la niña”* (fs. 104 vuelta), y que *“teniendo en cuenta que la niña ya se encuentra asistiendo a un jardín maternal de gestión privada a causa del incumplimiento de la medida cautelar dictada en autos (v. fs. 58), corresponde ordenar al GCBA que lleve a cabo las medidas pertinentes para solventar los costos de tal vacante y abonar aquellos en los que la actora ya hubiera irrogado a tal fin”* (fs. 105).

En primer lugar se observa que tanto la demanda (interpuesta el 1º de marzo de 2018 a fs. 1/6), cuyo traslado fue ordenado el 14 del mismo mes y año (fs. 28), como la medida cautelar dispuesta el 19 de abril de 2018 (fs. 40/43 vuelta), recién fueron notificadas a la demandada el 5 de julio de aquel año (fs. 62 y vuelta). De modo que consta que el ofrecimiento del GCBA ya se había realizado y comunicado a la actora con anterioridad al 10 de julio de 2018 (fs. 64/65 vuelta), y que se había acreditado en el expediente (fs. 72) dentro del plazo de tres días conferido por el magistrado en su intimación (fs. 43 vuelta). Así, no puede reprochársele a la demandada que su respuesta hubiese sido dada ya *avanzado ampliamente el ciclo lectivo* cuando, en rigor, cumplió con el breve plazo conferido por el juez, y no se aprecia que se le hubiese atribuido responsabilidad alguna por el tiempo transcurrido entre que la medida cautelar fue dispuesta y la fecha en que le fue notificada.

El juez sostuvo que la vacante entonces ofrecida *“no se ajust[aba] a los parámetros requeridos”* pues si bien la propuesta refería a una de las escuelas elegidas por la actora, la vacante correspondía al *“turno extendido, de 13:00 a 19:00 hs., lo que no responde a los criterios seleccionados oportunamente por la amparista ni a los requerimientos del grupo familiar actor”* (fs. 104 vuelta), es decir, a una jornada escolar extendida entre las 7,30 y las 14 horas, según se desprende de fs. 14). Más allá de las preferencias consignadas por la actora en su demanda, no se aprecia en el razonamiento del magistrado por qué concluyó que la oferta realizada no



garantizaba adecuadamente el derecho a la educación discutido en autos. Era menester que dicho análisis se hiciese a la luz de las normas aplicables y de las circunstancias fácticas que rodean al caso. Dicha carencia torna a su pronunciamiento dogmático y por tanto arbitrario.

4.3 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 se 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 meramente de naturaleza instrumental tecnológica sino sustantiva, pues indican quién o quiénes deben ser priorizados 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.

Como se desarrolló en el punto 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 estatal 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.

5. 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 3.7 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.



Así lo voto.

El juez Santiago Otamendi dijo:

Comparto —en lo sustancial— los argumentos desarrollados en sentido concordante por las juezas Marcela De Langhe e Inés M. Weinberg en cuanto sostienen que la Cámara CAyT, al declarar la deserción de la segunda instancia, incurrió en un desacierto extremo incompatible con el derecho de defensa en juicio del GCBA y que, por lo tanto, corresponde dejar sin efecto esa decisión.

Por su parte, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 30, segundo párrafo, de la ley 402, corresponde adentrarse en el fondo de la cuestión debatida en autos.

Tal como destacan mis aludidas colegas, los asuntos ventilados en las presentes actuaciones resultan sustancialmente análogas a los abordados por este Tribunal en la causa “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: N. B. H. c/ GCBA s/ amparo – educación – vacante”, expte. n° 15955/18, sentencia del 16 de diciembre de 2020, entre otras.

Concretamente en el aludido precedente se sostuvo que el Estado local tiene obligaciones diferenciadas en lo que respecta al mantenimiento del sistema de educación obligatoria y no obligatoria. Por ello, y en atención a que la vacante reclamada en autos pertenece al tramo de escolarización no obligatoria, 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. Antes bien, su pretensión se fundó en el entendimiento que las vacantes de educación inicial deben ser accesibles para todos los aspirantes, sin discriminación alguna.

Por los motivos expuestos, al igual que mis colegas preopinantes, 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:

La cuestión planteada en autos encuentra respuesta en los fundamentos que desarrollé al votar *in re* “GCBA s/ queja por recurso de



inconstitucionalidad denegado en: N. B. H. c/ GCBA s/ amparo -educación-vacante”, Expte. 15955, sentencia del 16/12/2020, a los que me remito.

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, Expte. 6627; 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. La queja del GCBA no puede prosperar porque no contiene una crítica suficiente de todos los argumentos de la resolución interlocutoria que denegó su recurso de inconstitucionalidad, en los términos que exige el art. 32 de la ley n° 402.

Para así resolver, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario consideró que no se presentaba una cuestión constitucional, y descartó la arbitrariedad de sentencia invocada por el recurrente, como así también la configuración de gravedad institucional.

2. Los agravios expuestos por el GCBA constituyen una mera discrepancia con la valoración que la Cámara realizó al rechazar su recurso de apelación, referido a la ausencia de una crítica concreta y razonada de las partes de la sentencia que consideraba equivocadas.

En efecto, los jueces de la Sala II señalaron que los fundamentos del GCBA no repararon en las concretas circunstancias a las que el magistrado de grado había circunscripto su fallo (conf. fs. 56), en tanto ponderó que: **i)** “... pese a la medida cautelar dictada en la causa, el GCBA no ha acreditado haber agotado los medios existentes para asegurar a la niña una vacante que se ajuste [a] los parámetros requeridos en base a las opciones ofrecidas por el sistema...” (fs. 55); y **ii)** “... de la documentación agregada a fs. (...) se colige que, frente al dictado de la medida cautelar, el GCBA ofreció a la niña una vacante en la Escuela Infantil N° 11 DE 5 pero en el turno tarde extendido, de 13:00 a 19:00 hs., lo que no responde a los criterios seleccionados oportunamente por la amparista ni a los requerimientos del grupo familiar actor. Tal circunstancia habría sido incluso comunicada por la actora a la accionada, quien —pese a ello— lejos de intentar lograr alguna alternativa que pudiera adecuarse a las necesidades de la niña y su grupo familiar, pretendió tener por cumplido el mandato cautelar y la pretensión de fondo...” (fs. 55).

3. Asimismo, y más allá del acierto o error de la decisión adoptada, el recurrente no logra poner en evidencia que lo decidido por la alzada haya excedido el límite de las facultades que le son propias.

Se advierte así que las objeciones formuladas por el demandado remiten a cuestiones de hecho, de derecho infraconstitucional y de índole



procesal que, por regla, resultan ajenas a esta instancia recursiva extraordinaria.

En tal sentido debe recordarse que —por vía de principio— no hay cuestión que habilite la competencia del Tribunal en los términos del artículo 26 de la ley 402 cuando la decisión de la Cámara de Apelaciones declaró desierto el recurso de apelación de la recurrente. Ello así, en tanto “...lo atinente a establecer la insuficiencia de los escritos de expresión de agravios y la consiguiente deserción del recurso, remite al estudio de una cuestión de hecho y derecho procesal, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario” (conf. *mutatis mutandis* Fallos 311:2629; 314:800; 319:682, 323:1699 entre otros).

4. Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

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 II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fecha 4 de diciembre de 2018, actuación n° 12423739/2018, y rechazar la demanda promovida por María Soledad Rodríguez Barrera.

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR
DE **JUSTICIA**
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES
