

Expte. n° 15859/18 “Sajoux, Nicolás y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Nicolás Sajoux (UBER) s/ infr. art. 83, usar indebidamente el espacio público c/ fines lucrativos (no autorizadas), CC’”

Vistos: los autos indicados en el epígrafe.

Resulta

1. [REDACTED], en representación de Nicolás Sajoux, Ricardo Moix Magaña, Claudio Arakaki, Juan Carlos Colella, Gerardo Miguel Nuñez, Alfredo Pérez, Luciano Rosello y Leandro Szumik, acudió en queja (fs. 71/88) por denegación del recurso de inconstitucionalidad cuya copia acompañó a fs. 40/65. Allí la defensa cuestionaba la decisión de la Sala III que, en lo que aquí interesa, confirmó la de primera instancia que había condenado a los acusados a la pena de multa, en suspenso, bajo la condición de cumplir, por el término de tres meses, diversas pautas de conducta. Cabe aclarar que a los imputados se les atribuía haber realizado actividades lucrativas en la vía pública —servicio de transporte de pasajeros—, sin la debida autorización, utilizando la aplicación UBER y, con excepción de Rosello y Szumik, también haber excedido los límites establecidos por su licencia de conducir que sólo los habilitaba como particulares y no como profesionales (arts. 86 y 77 del CC (texto consolidado según ley n° 5.666) —arts. 83 y 74 del CC (texto consolidado según ley n° 5.454)—.

Para así resolver, la Cámara sostuvo que el transporte de personas era una de las actividades comerciales que se encontraban reguladas y, específicamente, existían estrictas normas para los rodados utilizados a tal fin y para sus conductores. Por lo tanto concluyeron que, más allá de la moderna forma que pretendía implementar la firma Uber para acceder al servicio a través de una aplicación mediante internet —que no era más que la manera en que se ponían en contacto los pasajeros con los conductores—, “lo cierto e[ra] que se trata de una actividad económica de transporte legalmente regulada y, por lo tanto, no puede funcionar hasta tanto no sea autorizada por la ciudad” (fs. 681 vuelta, del expediente principal).

2. En su recurso de inconstitucionalidad, la defensa denunció la arbitrariedad de la decisión impugnada por las serias deficiencias de su

fundamentación y por la errónea aplicación de la normativa que rige el caso. A su vez, sostuvo que lo resuelto vulneraba el principio de razonabilidad y supremacía de la CN, el debido proceso, la reserva de ley, la prohibición de analogía, el *ne bis in idem* y derecho de defensa en juicio.

En concreto sostuvo que respecto de Sajoux y Arakaki se les había iniciado un legajo de faltas por no poseer habilitación para transportar pasajeros y, paralelamente, una causa contravencional por el mismo hecho —arts. 86 y 77 del CC (texto consolidado según ley n° 5.666)—, siendo que ambos defendidos habían realizado el pago de la multa correspondiente ante el órgano administrativo, lo que implicaba la afectación a la garantía de *ne bis in idem* y cosa juzgada.

Además, consideró que el comportamiento atribuido a sus defendidos sería atípico porque era errónea la premisa de la que partía la sentencia: “que sólo se pueden realizar las actividades lucrativas expresamente permitidas por el Estado” y se recurría a la analogía aplicando una norma sancionatoria prevista para situaciones distintas. Al respecto, entendió que como el servicio que se presta mediante esa modalidad es diferente al de los taxis y remises, no puede exigírseles que cumplan con los mismos requisitos. Por eso dedujo que para aplicarse el art. 86 debe existir una autorización que pueda ser requerida y argumentó que la norma exige hacer uso lucrativo del espacio público, sin embargo la mera circulación por las calles de la Ciudad no puede asimilarse a ese supuesto típico por más que exista un pago de servicios.

A su vez, sostuvo la atipicidad de la conducta a la luz del art. 77 del CC (texto consolidado según ley n° 5.666) porque consideró, por un lado, que debería haberse aplicado el art. 6.1.4 del régimen de faltas, en tanto dispone una sanción específica para aquella conducta y, por el otro, que en todo caso se debía subsumir la imputación, en función del principio de especialidad, en la contravención descrita en el art. 86 del CC (texto consolidado según ley n° 5.666), ya que ésta figura contenía todos los elementos del art. 77 de dicha norma.

Afirmó, por último, que el debate sería nulo porque no había quedado firme el rechazo a su pedido de suspensión del proceso a prueba respecto de sus asistidos Montero y Sajoux.

3. La Cámara lo declaró inadmisibile porque consideró que la defensa no había logrado demostrar más que un mero desacuerdo con lo resuelto por el tribunal, sin poder conectarlo con las normas constitucionales que invocaba (fs. 67/70).

4. El Fiscal General Adjunto, al tomar intervención, postuló el rechazo de los recursos de queja e inconstitucionalidad deducidos por la defensa (fs. 150/157).

5. Posteriormente, ante el pedido efectuado por este Tribunal, se recibieron las actuaciones principales correspondientes a esta queja (fs. 159, 162 y 165).

6. La jueza Marcela De Langhe se excusó de intervenir en esta instancia por las razones expuestas a fs. 168.

7. La defensa presentó un escrito solicitando la suspensión del trámite de la queja y la remisión del legajo al juzgado de grado para que resuelva el planteo de prescripción de la acción contravencional. La jueza de trámite, previa consulta con los restantes jueces, dispuso desglosar el escrito y remitirlo al juzgado de primera instancia interviniente (ps. 376/377).

8. Seguidamente, el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas nº 25 remitió a este Tribunal copia de la decisión dictada el 24 de septiembre del corriente en el marco de las actuaciones principales. Allí dispuso declarar abstracto el tratamiento del planteo de prescripción deducido por la defensa en virtud de que, en una decisión previa que había adquirido firmeza, tuvo por cumplidas las pautas de la condicionalidad impuesta y archivó las actuaciones, por cumplimiento de la pena, con relación a Nicolas Sajoux, Ricardo Moix Magaña, Claudio Arakaki, Juan Carlos Colella, Gerardo Miguel Nuñez, Alfredo Pérez, Luciano Rosello y Leandro Szumick (ps. 380/389).

Fundamentos

I) Excusación de la jueza Marcela De Langhe:

Los jueces Alicia E. C. Ruiz, Santiago Otamendi, Inés M. Weinberg y Luis Francisco Lozano dijeron:

La razón expresada por la jueza Marcela De Langhe justifica admitir su apartamiento del proceso de acuerdo con lo establecido en los arts. 22, inc. 12º, del CPP y 6 de la ley nº 12, aplicables en esta instancia en atención a lo prescripto por el art. 2, ley nº 402.

II) Recurso de queja:

La juez Inés M. Weinberg dijo:

1. El recurso de queja de la defensa de los sancionados fue interpuesto en tiempo y forma y contiene una crítica fundada de la decisión que denegó el recurso de inconstitucionalidad. Ello en tanto la recurrente logra plantear un caso constitucional en cuanto sostiene la afectación del

principio de legalidad (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y 13, inciso 3, de la CCABA) y la arbitrariedad de la sentencia.

2. En autos, el juez de grado condenó a los imputados en orden a la contravención consistente en haber realizado actividades lucrativas en la vía pública —servicio de transporte de pasajeros— sin la debida autorización, por lo que encuadró aquella conducta en el tipo contravencional establecido en el artículo 86 del CC (anterior art. 83). Además consideró que esa misma conducta encuadraba también (concurso ideal) en el artículo 77 del CC (anterior art. 74) puesto que entendió que algunos de los conductores (todos menos los Sres. Rosello y Szumik) habrían excedido los límites establecidos en sus licencias de conducir.

Para fundar su decisión el juez sostuvo que la CABA “tiene entre sus potestades la de regular las diversas actividades comerciales que se desarrollan en su territorio. Específicamente en lo que hace al transporte de personas, regula las actividades de taxis y remises, para los cuales fija estrictas normas tanto en lo que hace a los rodados, como a sus conductores. Más allá de lo novedoso que pueda resultar la firma Uber a la que se accede a través de aplicaciones mediante Internet, lo cierto es que es una actividad comercial de transporte, la que no puede funcionar legalmente hasta tanto no resulte autorizada por la normativa de la ciudad. **No se puede seguir del hecho de que no esté regulado, que esté permitido, porque solo se puede ejercer actividad comercial transportando personas una vez autorizados por la legislación local**” (fs. 9 vuelta, el resaltado me pertenece). Sostiene entonces el juez que las conductas analizadas contravienen a las contravenciones tipificadas en los artículos 83 y 77 del CC los que se complementan, a su juicio, con lo dispuesto en el artículo 1.1.1 y 8.4 del Código de Habilitaciones y Verificaciones.

3. La Cámara confirmó la sentencia condenatoria sobre la base de la siguiente fundamentación. Por un lado, los camaristas que suscriben el voto mayoritario sostienen que “el transporte de personas es una de las actividades comerciales que se encuentran reguladas tanto en el ámbito local como en el nacional, y específicamente existen estrictas normas para los rodados utilizados a tal fin y para sus conductores. Por lo tanto, más allá de la moderna forma que pretende implementar la firma Uber de acceder al servicio a través de una aplicación mediante internet —que no es más que la manera en que se ponen en contacto los pasajeros con los conductores—, lo cierto es que se trata de una actividad económica de transporte legalmente regulada y, por lo tanto, no puede funcionar hasta tanto no sea autorizada por la ciudad” (fs. 34 vuelta/35).

Por otro lado, en relación al encuadre legal de los hechos dentro de las prescripciones del artículo 77 del CC, sostienen que el mismo “describe tres formas típicas de comisión que se relacionan con el desempeño de

actividades reguladas por el Estado; entre ellas, la de exceder los límites de la autorización que le ha sido conferida al autor. En este caso los imputados contaban con licencias de conducir vigentes al momento de la comisión de los hechos pero desarrollaron actividades que excedieron el marco de la autorización concedida” (fs. 35 vuelta).

4. El progreso de la pretensión de la recurrente exige analizar el plexo normativo que enmarca el presente caso de modo de verificar si existe una prohibición legal de realizar las conductas que aquí se investigaron que las haga pasibles de una sanción contravencional.

Se le atribuye a los encausados, por un lado, la infracción al artículo 83 (art. 86) del Código Contravencional. El mismo, bajo el título “Usar indebidamente el espacio público”, establece lo siguiente: “Quien realiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, es sancionado/a con multa de doscientos (\$ 200) a seiscientos (\$ 600) pesos”.

El precepto legal exige analizar las normas en materia de autorizaciones y permisos en la CABA para poder completar el tipo contravencional en la parte que refiere a la realización de “actividades lucrativas no autorizadas”.

Al respecto, el Código de Habilitaciones y Verificaciones dispone, dentro del apartado que establece las “Normas Generales”, que “para el ejercicio de toda actividad comercial o industrial en el ejido de la Ciudad de Buenos Aires, deberá solicitarse habilitación o permiso municipal según corresponda” (art. 1.1.1). Cabe dejar en claro que si bien ese Título I del Código de Habilitaciones fue derogado por la ley 6101, art. 33, aquél regía al momento de la decisión que aquí viene cuestionada.

Por otro lado, este Código de Habilitaciones (vigente todavía en virtud de lo dispuesto por el art. 35 de la ley 6101) en sus distintos capítulos regula las actividades lucrativas sujetas a autorización y las reglamenta específicamente atendiendo a las particularidades propias de cada una. En lo que refiere a la actividad de “transporte”, el Código dedica un capítulo a la escuela de conductores (8.1), otro al transporte escolar (8.2), al transporte de sustancias peligrosas (8.3), al transporte de sustancias alimenticias (8.5), al transporte de elementos frágiles (8.6) y, en lo que aquí nos interesa, dedica un capítulo al “alquiler de automóviles particulares” (Capítulo 8.4).

Este último capítulo limita su regulación al “servicio de alquiler de automóviles con conductor (remises)”. Así define a la “agencia de remises”, establece requisitos para los titulares de las agencias, regula los requisitos que deben reunir los “vehículos afectados al servicio de remises” y los que deben acreditar los “conductores afectados al servicio de remises”. Por último reglamenta a los “Radio-Remises” (art. 8.4.14), servicio que define como “el de radio comunicación móvil terrestre integrado por una estación central (base) y estaciones móviles abonadas (ubicadas en los automóviles), destinado a cursar mensajes entre la primera y las segundas en forma

bidireccional. Entiéndese como base o central aquella que se encuentra fija en un lugar y transmite los mensajes a través de un operador” (art. 8.4.15).

Por otra parte, el “servicio de transporte público de pasajeros en automóviles de alquiler con taxímetro – taxis”, se encuentra regulado en el Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires (capítulo 12.1 del Anexo A de la ley 2148). Aquella norma establece el régimen de funcionamiento y control de los taxis y radio taxis. Entre otras cuestiones, regula el sistema de paradas, las prioridades, el recorrido a seguir, el uso del aire acondicionado, los casos en los que se podrá negar la prestación del servicio, las características generales y operativas de los vehículos así como el color y tipo de pintura para los mismos, la forma de identificar el vehículo y al conductor, las tarifas y también reglamenta la obtención de las licencias de taxi.

5. Del marco normativo expuesto surge lo siguiente: i) que el Código Contravencional sanciona la realización actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público y que el bien jurídico protegido por aquel tipo contravencional es el uso “debido” del espacio público; ii) que el Código de Habilitaciones y Verificaciones vigente al momento del hecho establecía una genérica obligación de solicitar autorización para “el ejercicio de toda actividad comercial o industrial en el ejido de la Ciudad”; iii) que en lo que refiere al transporte de pasajeros las normas vigentes regulan el funcionamiento de los remises (art. 8.4 del Código de Habilitaciones y Verificaciones) y que los taxis cuentan con un régimen específico que lo regula el Código de Tránsito y Transporte de la CABA.

Por otra parte, es preciso hacer notar que en materia de derechos y libertades la regla derivada del artículo 19 de la Constitución Nacional es aquella que establece el principio de vinculación negativa de los ciudadanos frente a la ley, que implica que dentro del universo de libertades y derechos los ciudadanos sólo podrán verse limitados en su ejercicio cuando en el ordenamiento jurídico positivo exista una ley que así lo disponga. De lo contrario, la regla es la libertad. Así, por oposición, para las autoridades constituidas (que pertenezcan a cualquiera de los tres poderes) el principio que los rige es justamente el inverso, la vinculación positiva de las autoridades al texto de la ley, pues sólo tendrán facultades para actuar cuando exista una ley que así lo disponga, de lo contrario la regla es la prohibición de actuar.

Esta regla constitucional tiene un peso específico y más estricto cuando lo que se interpreta es una ley penal. En aquella materia el artículo 18 de la Constitución Nacional determina que nadie puede ser “penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. Esta ley previa debe interpretarse en el sentido material y formal, es decir, sólo una ley emanada del poder deliberativo —la legislatura— puede limitar el ejercicio de los derechos con un nivel de injerencia tal que imponga un castigo penal

sobre el ciudadano. De esta legalidad estricta se desprende la proscripción de analogía que rige en materia penal.

Cabe aclarar que lo expresado precedentemente resulta aplicable en materia contravencional en virtud de la naturaleza represiva de sus disposiciones. En ese orden el artículo 4 del Código Contravencional recepta específicamente este principio de legalidad y exige a los operadores interpretar los tipos contravencionales “en forma estricta”.

A la luz de lo expuesto no es constitucionalmente admisible sostener, como lo hizo el juez de grado (y luego la Cámara convalidó) que “no se puede seguir del hecho de que no esté regulado, que esté permitido, porque solo se puede ejercer actividad comercial transportando personas una vez autorizados por la legislación local” (fs. 9 vuelta)”. Pues justamente la regla constitucional rige a la inversa.

6. En esas condiciones, le asiste razón a la recurrente en cuanto sostiene en su recurso de inconstitucionalidad que la decisión que cuestiona presenta notas de arbitrariedad y contradice el principio de reserva de ley que rige en materia contravencional. Ello toda vez que, tal como surge de los argumentos de los jueces de las distintas instancias, han realizado un análisis incompleto y sesgado del marco normativo aplicable. Se invirtió el principio de la permisión que rige con relación a las libertades y derechos de los ciudadanos y que emana del artículo 19 de la CN.

Para condenar por la contravención del artículo 86 los jueces debían hacerse cargo de sortear además dos obstáculos que se derivan del principio de legalidad que rige en la materia. En primer lugar, debieron argumentar por qué la interpretación que hacen al integrar la ley contravencional con las normas que regulan específicamente el servicio de remise y de taxi no es un supuesto de analogía prohibida (artículo 5 del Código Contravencional).

Por otra parte, debieron hacerse cargo de valorar, al momento de analizar la tipicidad de la conducta, la afectación concreta o potencial al bien jurídico que protege el tipo contravencional en cuestión. Ello en tanto no explicaron de qué manera podría aseverarse que la conducta desplegada por los sancionados implicó un “uso indebido”, es decir un uso irregular, inusual o inapropiado del espacio público, que altere o pueda alterar el ejercicio que de ese mismo espacio hiciera una tercera persona. Pues si no se acredita esta afectación la conducta no puede considerarse abarcada por el tipo contravencional y, en consecuencia, resulta atípica. Ello así, de conformidad con el principio constitucional de lesividad que fue receptado en el Código Contravencional de la siguiente manera: “Lesividad. El Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona las conductas que por acción u omisión dolosa o culposa implican daño o peligro cierto para los bienes jurídicos individuales o colectivos protegidos” (artículo 1).

7. Corresponde analizar los agravios de la quejosa con relación al otro tipo contravencional en el que se funda la condena, este es el artículo 77 del Código. El mismo sanciona el ejercicio ilegítimo de una actividad y, en lo que importa a esta causa, dispone “quien ejerce actividad para la cual (...) excede los límites de la licencia”.

La Cámara sostiene que “en este caso los imputados contaban con licencias de conducir vigentes al momento de la comisión de los hechos pero desarrollaron actividades que excedieron el marco de la autorización concedida” (fs. 35 vuelta). Ello en tanto consideraron que la licencia “Clase B” no era suficiente y que debieron contar con una licencia “Clase D”.

Sin embargo, nuevamente en relación a la aplicación de esta figura contravencional se advierte una extensión del tipo contravencional que contradice el principio de legalidad estricta que rige en la materia.

Ello en tanto los jueces asumen sin más que el artículo 77 del Código Contravencional se complementa con el artículo 3.2.2 del Código de Tránsito que establece las distintas clases de licencias y que los sancionados debían considerarse abarcados por la obligación de obtener una licencia “Clase D”. Sin embargo, de las normas aplicables no surge en forma nítida dicha exigencia. La tipicidad estricta conduce a excluir a los sancionados del tipo contravencional aquí analizado (artículo 4 del Código Contravencional).

En efecto de la interpretación sistemática del marco normativo aplicable a quienes realizan la actividad de traslado de pasajeros mediante un automóvil no quedan dudas que la obtención de una licencia clase “D” se dirige a quienes realicen el servicio de transporte de pasajeros reglado por esa misma norma (para el caso de los taxis) y por normas vinculadas, como la que surge del Código de Habilitaciones y Verificaciones, Capítulo 8.4, que reglamenta el “servicio de alquiler de automóviles con conductor (remises)”.

En cambio, no puede concluirse lo mismo con relación a las conductas aquí investigadas. Ello en tanto que en la medida que las mismas no encuadran en ninguna de las actividades reguladas por el derecho positivo local, dicho blanco normativo obsta a exigirles a los encausados adecuar su conducta a una norma cuya aplicación presta lugar a confusiones o dudas, pues es evidente que el legislador no tuvo en consideración esta actividad al momento de regular esta licencia especial. Entonces esta duda respecto a la obligatoriedad o no de la obtención de una licencia específica para realizar la actividad por la que se los sancionó a los recurrentes, conduce a eximir de toda sanción del tipo que aquí se pretende pues de lo contrario se afectarían principios constitucionales centrales en la materia como son el de legalidad y culpabilidad.

Ello no obsta a que el legislador decida en adelante tipificar en una contravención las conductas como las aquí investigadas. Actualmente se advierte que la legislatura optó por incorporar dicha conducta dentro del ordenamiento administrativo de faltas (art. 6.1.49 del Régimen de Faltas, Ley 451) y no en el represivo contravencional.

8. En esas condiciones corresponde hacer lugar al recurso de queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de Cámara y absolver a los encausados (art. 30, *in fine*, ley n° 402).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de la defensa particular de los señores Nicolás Sajoux, Ricardo Moix Magaña, Claudio Arakaki, Juan Carlos Colella, Gerardo Miguel Nuñez, Alfredo Pérez, Luciano Rosello y Leandro Szumik, fue interpuesta en tiempo y forma (art. 33, ley n° 402) y contiene una crítica fundada y autosuficiente del auto denegatorio dictado por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas a fs. 67/70.

2. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad (fs. 40/65) coincido con el análisis efectuado por la jueza Inés Weinberg en los puntos 5, 6 y 7 de su voto, a los que por razones de brevedad, adhiero.

3. Si bien lo señalado en el párrafo anterior alcanza para resolver la cuestión debatida, cabe agregar lo que dijera en mi voto *in re* “Uber y otros s/ art. 83, usar indebidamente el espacio público c/ fines lucrativos (no autorizadas) (art. 86 según TC Ley 5666 y modif.) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” (expte n° 17480/19), resolución del 22/09/2020. En esa causa sostuve que existe un vacío normativo que “transfiere al poder judicial la responsabilidad de dirimir conflictos no regulados (...) Digo transfiere porque la cuestión de cómo han de operar estas nuevas formas de actividad, con el uso de otras tecnologías y de diferentes regímenes que los ya consolidados en el transporte de personas es competencia de otros poderes del estado. UBER tiene personería, muchas personas que trabajan en ese espacio y muchas otras que requieren su servicio como usuarias. La falta de un régimen legal y reglamentario que defina los marcos en que debe actuar viene generando problemas muy distintos, afectaciones a derechos individuales y colectivos, conflictividad con otros prestatarios de transporte, todo lo cual debe tratarse en conjunto (...) La prolongación en el tiempo de tales condiciones sólo provoca nuevos problemas y agrava los existentes. Es deber de los otros poderes del Estado y no del judicial asumir cómo y bajo qué sistema de organización y control habrá de autorizar la presencia de UBER o prohibirla pero no se puede cubrir la carencia de regulación con interpretaciones que afecten garantías constitucionales”.

4. En virtud de lo expuesto voto por: I. Hacer lugar al recurso de queja que obra a fs. 71/88 y II. Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad que obra a fs. 45/60, en los términos aquí resueltos y, en consecuencia, revocar

la sentencia de Cámara y absolver a los encausados (art. 30, *in fine*, ley n° 402).

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. Sabido es que, así como no nos está permitido eludir la resolución de las controversias que nos vienen regularmente presentadas como causas, no nos cabe sino abstenernos, cuando el pronunciamiento no tiene más virtualidad que la de la opinión o el consejo. De ahí que, suscitada la cuestión relativa al posible carácter abstracto del recurso de la Defensa, en razón de que ha quedado agotada la pena, sea imperioso tratarla para proseguir en función de la respuesta que se le dé.

Esa insubsistencia obedecería a que los imputados no habrían recurrido la resolución, dictada el 25 de abril de 2019, que tuvo por satisfechas las cargas a cuya observancia quedó condicionada dicha condena y, consecuentemente, dispuso el archivo de las actuaciones (según surge de la resolución comunicada a este Tribunal por el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas nro. 25 obrante a ps. 380/389). Considero, por lo que digo más abajo, que ni devino abstracto el tratamiento de las cuestiones que la Defensa trae con su recurso, ni es posible hablar de su pérdida de interés jurídico en obtener la decisión que nos pide.

1.1. No es abstracto, pues la decisión acerca de esta queja tiene virtualidad para modificar la solución final del pleito. Tampoco es necesario un esfuerzo analítico para distinguir una absolución, como la que podría resultar de la apelación *sub examine*, del mantenimiento de la condena ya cumplida.

El carácter abstracto de una cuestión se establece por la circunstancia de que el juez ya no tiene materia sobre la cual operar¹; por lo que, hacer lugar a lo solicitado, no cambiaría el estado de cosas. Son casos en los que, debido al giro que toma la acción, por una vía distinta a la discutida ante esta instancia, la decisión que se espera de él no está en posición de resolver un agravio, aun cuando el litigante pudiera tener algún interés en el pronunciamiento, distinto del jurídico.

En el *sub examine*, de ser revocada la sentencia recurrida –aquella que resolvió condenar a los imputados en los términos descritos en el punto 1 de los “Resulta”–, éstos podrían resultar absueltos; y, en mi opinión, las personas sancionadas tienen derecho a acudir a los remedios que el orden jurídico les provea para restablecer su buen nombre y honor.

Luego, corresponde señalar que la declaración de cumplimiento de las pautas de conducta impuestas en la condena dictada en suspenso no

¹ “...there is no subject matter on which the judgment of the court's order can operate”. Rotunda & Nowak, *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*, Second Edition, Volume I, West Publishing CO., 1992, p. 171.

conlleve como consecuencia, necesariamente, que ésta última se tenga por no pronunciada; y, ciertamente, no es lo mismo tener un antecedente de condena que no tenerlo. Nótese que el cuarto párrafo del artículo 46 del Código Contravencional² prevé que la pena se tendrá por no pronunciada en caso de que dentro del término de dos años de la sentencia condenatoria el condenado no cometiera una nueva contravención. Luego, en caso de que esto último no ocurriera (es decir, que el condenado cometiera una nueva contravención), la condena dictada en autos podría servir de base, por ejemplo, para una eventual declaración de reincidencia. En otras palabras, la condena (aún la condena condicional, en los términos antes descritos) es un acto jurídico que sobrevive a la ejecución de la pena, acarreando otras consecuencias que impiden sostener que no subsiste interés en la decisión.

En el caso bajo examen, la condena ha sido pronunciada el 9 de octubre de 2017 y ha sido confirmada por la Cámara el 27 de marzo de 2018. Por aplicación del cuarto párrafo del artículo 46 del Código Contravencional, podría ser tenida como no pronunciada, en tanto los condenados no hubieran cometido una nueva contravención. Ello obstaría a la aplicación de la reincidencia regulada por el artículo 17 del cuerpo normativo en cuestión³.

Pero, más allá lo anterior, lo cierto es que el interés de las personas sancionadas en acudir a los remedios que el orden jurídico les provee para restablecer su buen nombre y honor subsiste y, por lo tanto; ante la ausencia de desistimiento del recurso a estudio, no puede considerarse abstracta la cuestión.

1.2. Luego, no corresponde presumir que los imputados se desinteresaron de su planteo, porque esa voluntad no se presume, sino que requiere una manifestación inequívoca. Técnicamente hablando, ese desinterés potencial sólo operaría efectos si fuera manifestado como desistimiento. De manera tal que para que exista un desistimiento debe existir, entonces, una manifestación, expresa o tácita, pero inequívoca, de querer atenerse o someterse a cierta decisión. En el caso que nos ocupa, no surge del expediente en que tramita el recurso a estudio una manifestación, menos aún una inequívoca, que exprese o implique desistir de la impugnación que aquí se sostiene. Más bien, lo contrario: los recurrentes solicitaron que se declarase extinguida la acción contravencional por

² “[s]i dentro del término de dos años de la sentencia condenatoria el condenado no comete una nueva contravención, la condena se tendrá por no pronunciada. En caso contrario, se hará efectiva la primera sentencia, además de la segunda, y el contraventor será considerado como reincidente si reúne los requisitos establecidos por el artículo 17.”

³ El art. 17 del Código Contravencional dispone que: “El/la condenado/a por sentencia firme que comete una nueva contravención que afecta o lesiona el mismo bien jurídico, dentro de los dos años de dictada aquella, es declarado/a reincidente y la nueva sanción que se le impone se agrava en un tercio. Se entiende que una nueva contravención afecta o lesiona el mismo bien jurídico cuando está contenida dentro del mismo capítulo.”

prescripción y, en consecuencia, que se dictase su absolución (ps. 363). Esa solicitud fue presentada el 3 de agosto de 2020, es decir, con posterioridad al dictado de la resolución que dispuso el archivo de las actuaciones por cumplimiento de la pena de fecha 25 de abril de 2019.

Si bien el pedido de prescripción fue declarado abstracto por el juez a cargo del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas nro. 25, por considerar que: "...[a]l momento de cumplimiento de la pena, no fue recurrida, no pudiendo retrotraerse la situación a estados anteriores que han sido consentidos y gozan de validez." (cf. ps. 386 y 387), esa situación (la falta de presentación de recurso contra el auto que tuvo por cumplida la condena y ordenó el archivo de las actuaciones) no debe interpretarse como desistimiento del recurso a estudio ni tornar abstracta la cuestión allí impugnada; puesto que no se ve el interés del condenado en cuestionar la decisión que le da por cumplida la pena; y, en cuanto al archivo de las actuaciones, obviamente, no se refiere a las presentes, ni a ellas habría podido referirse, como se verá a continuación.

1.3. El artículo 40 del Código Contravencional dispone que:

"La acción se extingue por: 4. Cumplimiento de la sanción o del compromiso establecido en el artículo 45."

Esa extinción afecta la acción, esto es, el derecho de instar la actuación judicial para obtener una condena. En el caso, la acción es la pública, administrada por el fiscal. La acción no es un derecho de la defensa, ni incumbe a la defensa impulsar el procedimiento. La defensa tiene derecho a resistir ese impulso del fiscal o eventualmente del querellante, mediante los recursos procesales que el ordenamiento le brinda.

El solo agotamiento de la acción prevista en el artículo 40 del Código Contravencional no puede enervar el derecho de la defensa de requerir la remoción de los efectos logrados por el progreso de la acción, ejercidos con anterioridad de conformidad con las normas procesales aplicables. Ello así, porque lo que se agota no es el derecho de la defensa sino el del fiscal.

Algo parecido ocurre en un proceso en el que cabe petitionar la revisión de la condena, entre otras cuestiones, por estar apoyada la sentencia en prueba documental o testimonial cuya falsedad se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable o si, después de la condena, sobrevienen o se descubren nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hacen evidente que el hecho no existió o que el condenado no lo cometió; o bien del supuesto en que la defensa insta una nulidad con potencial impacto en la condena. Por ejemplo, la nulidad de notificación de la desestimación de la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, una vez que la sentencia ejecutoriada fue cumplida. En suma, la norma no puede ser interpretada como limitativa del derecho de la defensa sino estrictamente del derecho que dice agotar, esto es, el del fiscal a impulsar la acción.

Como consecuencia de todo ello, una vez deducido el recurso de la Defensa, todos los actos posteriores incompatibles con el auto apelado quedan supeditados al resultado de la presente apelación extraordinaria; no a la inversa.

1.4. En definitiva, ni el tratamiento del agravio devino abstracto, ni es posible suponer o presumir un abandono de cierta estrategia procesal, ni existe un acto que sea incompatible con el progreso de esta impugnación.

Ello establecido, corresponde ingresar en el análisis del recurso de hecho interpuesto.

2. Como se verá, la parte recurrente acredita que la decisión de la Cámara a cuya revisión aspira (reseñada en el punto 1 de los “Resulta”) no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las constancias de la causa, lo que impide considerarla una sentencia válida.

3. El art. 86 del Código Contravencional (texto consolidado 2016, vigente al momento de los hechos y al que haré referencia de ahora en adelante) establecía:

“Artículo 86 - Usar indebidamente el espacio público -.

Quien realiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público es sancionado/a con multa de quinientos (\$ 500) a mil (\$ 1.000) pesos.

Quien organiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, en volúmenes y modalidades similares a las del comercio establecido, es sancionado/a con multa de diez mil (\$ 10.000) a sesenta mil (\$ 60.000) pesos.

No constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta que no implique una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria.”

El tipo contravencional transcripto sanciona la realización (primer párrafo) y con pena mucho más grave la organización (segundo párrafo) de actividades lucrativas, sin autorización, en el espacio público.

3.1. La actividad desplegada por los ahora recurrentes fue, no se discute, la de conducir vehículos donde estaban siendo transportadas personas de un punto de la Ciudad a otro. Tampoco está cuestionado que el viaje fue concertado a través de la aplicación “UBER” y que los choferes percibieron algún tipo de contraprestación económica por su actividad, a través de ciertas firmas pagadoras que estarían vinculadas con la empresa Uber Argentina S.R.L. (cf. fs. 599/600).

Ahora bien, esos extremos de hecho no bastaban para tener probada la realización por parte de los recurrentes de la conducta tipificada por el primer párrafo del art. 86 transcripto *supra*. Son dos conductas distintas la de conducir un vehículo y la de realizar la actividad lucrativa de transporte de personas. Ello no impide que una misma persona realice ambas, pero la conducción de un vehículo no basta para tener por probado que esa persona realiza la actividad lucrativa de transporte de personas. Puesto en otros términos, no es lo mismo conducir un vehículo –aún si por ello se recibe algún tipo de contraprestación económica– que prestar el servicio de transporte. Una cosa, como dije, no arroja como consecuencia la otra, aunque no la excluye.

En el caso bajo análisis, los jueces de mérito relataron que participarían en el desarrollo del servicio de transporte, en una u otra medida, varias personas humanas y jurídicas (Uber Argentina S.R.L., por un lado, y cada uno de los choferes, por el otro) (cf. fs. 599 y vuelta). Entonces, debieron establecer con precisión el tipo de participación de cada una de esas personas para poder individualizar a aquel que debe ser considerado como el prestador de la actividad lucrativa en cuestión.

No me ocupo de la contravención consistente en organizar, porque no viene analizada a propósito de los conductores, ni de la persona operadora de la plataforma que los vincula con los pasajeros.

Comienzo por transcribir la parte central del argumento del *a quo*. Dice así:

“La conducta prohibida por el art. 86 antes mencionado, es la actividad lucrativa en el espacio público, sin permiso de la administración y el bien jurídico protegido es el uso del espacio público y dentro de ese marco general, la libertad de circulación. El espacio público –de uso social y fácil accesibilidad-, está sujeto a una regulación por parte de la administración que garantiza que todos los ciudadanos puedan acceder al mismo y utilizarlo. En este sentido Manuel María Díez explica que los bienes que componen el dominio público son aquellos afectados al uso directo de la colectividad, a su “uso común”. Este es “un uso que pueden realizar todas las personas por su sola condición de tales, sujetándose a la obligación de observar las disposiciones reglamentarias dictadas por la autoridad competente”. Por otro lado, el uso común debe ser a) libre; b) gratuito; c) igual para todos y d) sin limitación de término. En lo que aquí interesa, con respecto a la regla de gratuidad del uso común del dominio público, existen excepciones; entre ellas, el transporte de personas por la vía pública donde se paga una suma de dinero para ser transportado. Cabe señalar que el transporte de personas es una de las actividades comerciales que se encuentran reguladas tanto en el ámbito local como

nacional, y específicamente existen estrictas normas para los rodados utilizados a tal fin y para sus conductores. Por lo tanto, más allá de la moderna forma que pretende implementar la firma UBER de acceder al servicio a través de una aplicación mediante internet –que no es más que la manera en que se ponen en contacto los consumidores con los conductores-, lo cierto es que se trata de una actividad económica de transporte legalmente regulada y por lo tanto, no puede funcionar hasta tanto no sea autorizada por la ciudad. La contravención imputada transcurrió en el espacio público, fue desarrollada por los imputados, quienes de acuerdo a las probanzas colectadas en la causa, transportaron pasajeros sin habilitación para explotar una actividad de transporte de los mismos. La sentencia se funda en que la prueba rendida en autos resulta suficiente para afirmar que quedó demostrado en el debate que los imputados realizaban la conducta típica reprochada por el art. 86, en el lugar, fecha y hora que describen las actas y fuera objeto de acusación. Al respecto la defensa se agravió porque considera que la conducta atribuida a sus asistidos resulta atípica, fundado en que la conducta típica contenida en el art. 86 del Código Contravencional se encuentra prevista para remises y taxis y que, por ende, se intenta subsumir la conducta desplegada por sus asistidos en un tipo legal “que se le parece en algo a lo que hace UBER”. Ese planteo no puede prosperar toda vez que el art. 86 no hace referencia a taxis o remises sino que, como fuera expuesto supra, reprime las actividades lucrativas en el espacio público no autorizadas por la administración.”

Curiosamente, aunque afirma que UBER aparece como quien desarrolla la actividad de poner en contacto “consumidores” (parece referirse a usuarios) y conductores, y que sostiene que la actividad requiere habilitación, sanciona a cada conductor como autor de la contravención consistente en desarrollar la actividad sin estar habilitado.

Resulta dirimente para imputar a los choferes la contravención del art. 86 determinar en qué consiste la actividad, si la realizan conjunta o individualmente, máxime cuando la circunstancia misma de que se examine la conducta de varios torna imperioso examinar esta circunstancia, quién de estas personas fija el precio por el servicio, lo recauda y distribuye, quién acepta los pedidos, si existe control o aceptación de los vehículos o de los conductores y, si así fuera, quién lo practica, quién aprovecha los servicios personales de los conductores o su vehículo, si el servicio es uniformemente prestado por todos los vinculados a la plataforma digital, y, en tal caso, quién fija los estándares, o aun otros elementos que indiquen quiénes realizan la actividad, quiénes contribuyen a ella y cómo se articulan las acciones de

todos, esto es, si estas vienen organizadas como una actividad. Acudo a un ejemplo. La compañía de micros X, no sus choferes, es quien realiza la actividad transporte interjurisdiccional de personas. Esos conductores obran por cuenta de la empresa transportista que los emplea. La actividad que, entre otras, sanciona el artículo del Código Contravencional transcripto es, en lo que aquí importa (primer párrafo), la de realizar la actividad lucrativa (en el caso, la de transporte), no la de prestar servicios personales (acompañados o no del vehículo) a quien desarrolla la actividad de transportar. Por lo dicho, los jueces de mérito, para arribar válidamente a la solución cuestionada, debieron discernir entre uno y otro supuesto -actividad de “transporte” realizada por los conductores por si o ejecutada por cuenta o por orden de otra persona que sería la titular de la mencionada actividad. A ese fin debieron ponderar, necesariamente, las cuestiones mencionadas en el párrafo anterior.

Debieron, también determinar cuál es el régimen legal aplicable. Ello, a los efectos de establecer qué tipo de obligaciones le correspondían, bajo ese régimen legal, a aquellos que realizaran la actividad de “transporte” a fin de establecer quienes debían contar con la autorización pertinente; y, por otro lado, a aquellos que conducían los vehículos afectados a ese servicio, si es que éstas se encontraban diferenciadas.

La determinación del régimen legal aplicable al tipo de transporte desarrollado resulta relevante para la resolución del pleito porque bien podría ser el caso en el cual fuera necesaria una habilitación, pero la obligación de obtenerla recayera sobre el organizador y/o quien la realizara y no individualmente sobre cada uno de los choferes particulares que forman parte del sistema. Nótese, por ejemplo, que en el caso de los remises (Capítulo 8.4 del Código de Habilitaciones de la Ciudad), son los titulares (propietarios) de la agencia los obligados a poseer la habilitación correspondiente y mantenerla actualizada (cf. art. 8.4.4)⁴, más allá de que deban habilitar individualmente los vehículos que la agencia afecte al servicio (cf. art. 8.4.2 inc. d y e)⁵ y de la obligación de los conductores de circular con la correspondiente constancia de habilitación del rodado, entre otros (cf. art 8.4.12)⁶. En el caso del servicio de transporte público de

⁴ Los titulares de las agencias serán responsables de que se mantenga actualizada toda documentación que haga a la habilitación y al funcionamiento del servicio, y aquellas que exija la Subsecretaría de Transporte y Tránsito de la Municipalidad. En caso contrario comprobada la infracción, se procederá a suspender al prestador y/o revocarle el permiso otorgado.

⁵ 8.4.2. Podrán ser titulares de agencias de remises las personas físicas y/o jurídicas que cumplimenten los siguientes requisitos: (d) Hayan habilitado en la repartición municipal respectiva los vehículos que se afecten al servicio; (e) Deberán poseer un libro rubricado y habilitado por la Subsecretaría de Transporte y Tránsito de la Municipalidad, en el que deberán constar las altas y bajas de unidades con los datos identificatorios de las mismas y sus titulares, y el retiro de vehículos del servicio cuando se prolongue por un lapso superior a veinte (20) días corridos.”

⁶ 8.4.12. Los conductores de vehículos afectados al servicio de remises deberán cumplimentar las siguientes exigencias para poder circular: b. Constancia de habilitación del

pasajeros en automóviles de alquiler con taxímetro (taxis), sujeto al régimen de licencias otorgadas por el Gobierno de la Ciudad, se prevé la posibilidad de que la licencia para prestar dicho servicio sea concedida a una persona física o jurídica que explote la actividad y que afecte uno o más vehículos al servicio y emplee (necesariamente bajo relación de dependencia, excepto cónyuge, ascendientes y descendientes en línea recta en 1 grado y hermanos) a los choferes que deberán, a su vez, obtener la correspondiente habilitación como conductores de taxi (Capítulo 12 del Código de Tránsito).

3.2. La Cámara sostuvo que la actividad transporte comercial de personas dentro del ejido de la Ciudad está sancionada por el artículo 86 transcripto más arriba cuando se realiza sin contar con la correspondiente autorización.

La defensa postula que la Cámara no indicó la norma por la cual arribó a esa conclusión y manifiesta que ello de ninguna manera podía surgir de una interpretación razonable del artículo 1.1.1 del Código de Habilitaciones (norma vigente al momento de los hechos, sobre cuya base el juez de primera instancia resolvió en el mismo sentido).

Si bien la Cámara no lo dijo expresamente, al confirmar la sentencia de primera instancia, consideró que la referida autorización era exigible en virtud de lo dispuesto en el art. 1.1.1 del Código de Habilitaciones de la Ciudad, que disponía que:

“Para el ejercicio de toda actividad comercial o industrial en el ejido de la Ciudad de Buenos Aires, deberá solicitarse habilitación o permiso municipal según corresponda”.

Si bien la mencionada norma fue derogada por la Ley Marco de Regulación de Actividades Económicas de la CABA n° 6101⁷, lo cierto es que se encontraba vigente al momento de los hechos. Ciertamente, la ley 6101 no está concebida como ley penal y, naturalmente, tampoco como retroactiva. Por tanto, no corresponde extenderla a nuestro caso, aun cuando en el presente la actividad esté sujeta a menores exigencias.

En efecto, el artículo primero de esta nueva ley define como objeto “...regular los principios y pautas generales que han de regir las autorizaciones y su posterior fiscalización en el ejercicio de las actividades económicas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” y el artículo octavo mantiene el principio general según el cual no pueden ejercerse actividades económicas (entendidas éstas como “toda acción comercial y/o industrial, consistente en la producción de bienes y/o prestación de servicios”⁸) sin la clase de autorización correspondiente. Luego, ese mismo artículo enumera los supuestos en los cuales la actividad se considerará autorizada, a saber:

rodado y verificación técnica; d. Constancia de estar afectado a una agencia habilitada y registrada, rubricada por la autoridad competente y el representante de la agencia.

⁷ Ley vigente a partir del 1 de enero de 2019.

⁸ Conforme la definición provista por el artículo 3 de la ley n°6101.

con la presentación de la “declaración responsable” o bien con la emisión de un acto administrativo de otorgamiento de licencia o permisos, según corresponda. Es decir, la ley ha simplificado las formas, pero, no eliminado la fiscalización. Obviamente, al tiempo en que ocurrieron las infracciones reprochadas, la “declaración responsable”, aunque la hubiera habido, no habría sustituido válidamente a la habilitación.

Ello establecido, la defensa propone una interpretación del Código de Habilitaciones según la cual la regla establecida en el art. 1.1.1 transcrita alcanza únicamente a la habilitación de comercios o locales, pero, no a aquellas actividades para las cuales no es necesaria la instalación de un local. Sin embargo, no se hace cargo de que esa interpretación no surge del texto de la norma bajo análisis, ni de una lectura sistemática del ordenamiento donde ella se inserta. El art. 1.1.1 establecía la regla según la cual para el ejercicio de toda actividad comercial o industrial en la Ciudad de Buenos Aires deberá solicitarse habilitación o permiso municipal, según corresponda, pero, nada decía de locales para funcionar, cuya operación está sujeta, a su vez, a habilitación. Así el art. 1.1.3:

“[l]as actividades sujetas a habilitación o permiso se ajustarán a las normas de los Códigos de Planeamiento Urbano, de la Edificación, del presente y demás reglamentaciones municipales. Las actividades relacionadas con la alimentación cumplirán, además, con las normas del Código Alimentario Argentino”.

Además, como se verá, el resto de las disposiciones del Código de Habilitaciones no se limitan a regular actividades que son realizadas en un local. El Código de Habilitaciones prevé habilitaciones específicas para actividades que no son realizadas en un local, como por ejemplo: (i) la actividad de Transporte de Sustancias Alimenticias, regulada en el Capítulo 8.5⁹; y (ii) la actividad de transporte de elementos frágiles regulada en el Capítulo 8.6¹⁰. Estas normas prevén la habilitación de los vehículos destinados al transporte, sin requerir habilitación de local. En esas condiciones, las razones que expone la defensa para apartarse de la letra

⁹ Condiciones Generales. 8.5.1 **Los vehículos** que realicen la actividad de distribución mayorista o minorista de entrega a domicilio de sustancias alimenticias **deberán contar con habilitación de la Dirección**. Quedan exceptuados aquellos que ingresen a la Ciudad en tránsito, por un término que no exceda las veinticuatro (24) horas y que se encuentren habilitados en otras jurisdicciones por autoridad competente y aquellos comprendidos por el Título Decimotercero del Código de Tránsito y Transporte. (Conforme texto Art. 3º de la Ley Nº 5.526, BOCBA 4905 del 16/06/2016). 8.5.2 La Dirección, **previo a la habilitación, inspeccionará los vehículos** requiriendo que se hallen desprovistos de carga y en condiciones satisfactorias de aseo. **Una vez comprobados los requisitos que se exigen en materia higiénico-sanitaria y mecánica, otorgará habilitación por el término de un (1) año.**

¹⁰ Transporte de elementos frágiles. 8.6.1 Todo vehículo destinado al transporte de mercaderías contenidas en envases frágiles, deberá ser habilitado por la Dirección y reunir los requisitos técnicos exigidos en el Título II del Reglamento General de Tránsito para las calles y caminos de la República Argentina, Ley Nº 13.893.

de la ley no resultan atendibles. Deduce del art. 1.5 del Código de Habilitaciones, cuyo texto decía: “El local destinado a la actividad para la que se solicita habilitación se considerará como domicilio constituido por el titular a los efectos de las notificaciones”, que la habilitación sólo es requerida para autorizar locales. Empero, la regla en la que pretende fundar su postura, únicamente dispone, comprensiblemente, cuál es el domicilio constituido de la persona cuando lo que esta requiere es la habilitación de un local. En esta línea de razonamiento, la frase “según corresponda” inserta al final del (hoy derogado) art. 1.1.1. del Código, refiere a la distinción entre “habilitación” o “permiso” y no indica –como alega la defensa– una posible exclusión de ambas opciones.

Esta línea se mantiene en la nueva regulación que trae la ley n° 6101. Esta norma prevé, como regla general, que todas las actividades económicas desarrolladas en la Ciudad (sin distinción) queden autorizadas a funcionar y sujetas al control de la autoridad de aplicación por medio de la presentación de la “declaración responsable” (arts. 4, 8.1 y 10). Luego, establece ciertos supuestos en los cuales esto no es suficiente, sino que se requiere un control previo del cumplimiento de los requisitos para funcionar (por ejemplo, locales de representación con capacidad mayor a 350 asistentes, residencias para mayores y estaciones de servicio, cf. arts. 8.2 y 13). Este último caso enumera actividades para las cuales se requiere un local y el legislador, por la índole de la actividad ejercida, requiere un mayor control.

Finalmente, a diferencia de lo sostenido por la defensa, la interpretación que han hecho los jueces de mérito del art. 1.1.1 del Código permite individualizar claramente el universo de actividades cuyo desarrollo sin autorización de la Ciudad se encuentra prohibido, a saber: aquellas de carácter comercial o industrial. En otras palabras, no es cierto que la norma sienta la regla según la cual todas las actividades que no estén expresamente permitidas se encuentren prohibidas en el ámbito de la Ciudad.

3.3. Despejado ello, retomo lo dicho en el punto 2.1 en cuanto a que no basta concluir que la actividad transporte de pasajeros sin autorización está sancionada por el art. 86 del Código Contravencional para condenar a los recurrentes. Ello así, toda vez que no se ha probado que ellos la hubieran realizado, así como tampoco se ha determinado el régimen legal aplicable, ni las responsabilidades de los condenados a la luz de éste último.

Repasemos el razonamiento de la Cámara. Sostuvo que “...el transporte de personas es una de las actividades comerciales **que se encuentran reguladas tanto en el ámbito local como nacional, y específicamente existen estrictas normas para los rodados utilizados a tal fin y para sus conductores.** Por lo tanto, más allá de la moderna forma que pretende implementar la firma UBER de acceder al servicio a través de una aplicación mediante internet –que no es más que la manera en que se

ponen en contacto los consumidores con los conductores—, **lo cierto es que se trata de una actividad económica de transporte legalmente regulada y, por lo tanto, no puede funcionar hasta tanto no sea autorizada por la Ciudad.**” (fs. 681 vuelta) (el resaltado me pertenece).

Allí dice que UBER implementó un sistema moderno para acceder al servicio de transporte, pero no examina quién presta ese servicio (que podrían ser los choferes condenados, UBER o un tercero) ni el régimen legal que les es aplicable. Los jueces de mérito no pudieron llegar válidamente a una condena omitiendo analizar estas cuestiones.

Las únicas circunstancias de hecho que examinan es que los conductores realizan materialmente el transporte y que la plataforma que UBER opera conecta a usuario con conductor. Tampoco distinguen cuál es la actividad que el GCBA efectivamente regula y para la que la ley requiere autorización. No se analiza cuál es la relación entre UBER y los conductores. Para ello, resultaba necesario, como digo más arriba, ponderar quién fija el precio, quién lo recauda y distribuye, quién acepta los pedidos y si existe control o aceptación de los vehículos o de los conductores, quién aprovecha los servicios personales de los conductores o su vehículo, si el servicio es uniformemente prestado por todos los vinculados a la plataforma digital, y, en tal caso, quién fija los estándares, o aun otros elementos que indiquen quién es el organizador de la actividad.

A ello se suma que ese debate no es novedoso, ha tenido lugar en otras latitudes. En el marco de una demanda interpuesta en el año 2014 por una asociación profesional de taxistas de la Ciudad de Barcelona (Asociación Profesional Elite Taxi) contra “Uber Systems Spain, S.L.”, el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona¹¹ resolvió suspender el proceso y consultar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en los términos del art. 267 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹², a los efectos de que se pronunciase, entre otras cuestiones,

¹¹ Mediante la cual el demandante solicitaba que dicho juzgado declarase que las actividades del demandado vulneraban la normativa en vigor y constituían prácticas engañosas y actos de competencia desleal así como también que se condenara a Uber Systems Spain a cesar en su conducta desleal consistente en dar apoyo a otras sociedades del grupo proveyendo servicios *on demand* de solicitudes efectuados mediante aparatos móviles y por Internet y, finalmente, se prohibiera al demandado la reiteración futura de la actividad.

¹² Artículo 267. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

respecto de si el servicio prestado por Uber Systems Spain S.L.¹³ debía ser calificado como “servicio de transporte” o un “servicio propio de la sociedad de información” en los términos que define el artículo 1.2 de la Directiva 98/34” o bien una combinación de éstos. Ello, a los efectos de establecer si, conforme la normativa de la Unión, la exigencia de obtener una autorización estatal previa era contraria al principio de libre prestación de servicios dentro de la Unión.

El TJUE concluyó su decisión diciendo que “...debe considerarse que ese servicio de intermediación [prestado por Uber] forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es el servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información», en el sentido del artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34, al que remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31, sino a la de «servicio en el ámbito de los transportes», en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123. / 44. Por otro lado, dado que el servicio de intermediación controvertido en el litigio principal responde a la calificación de “servicio en el ámbito de los transportes”, no está incluido en el ámbito de aplicación del art. 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios en general, sino en el del art. 58 TFUE, apartado 1, disposición específica con arreglo a la cual “la libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes”. Con carácter previo a ello, sostuvo que “...en una situación como la que describe el juzgado remitente, en la que el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, como la aplicación controvertida en el litigio principal, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano. 39. A este respecto, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que la sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de a

¹³ Descrito por el juzgado remitente de la siguiente manera: “Uber contacta o conecta [con ánimo de lucro] con conductores no profesionales, a los que proporciona una serie de herramientas informáticas –una interfaz- que les permite conectarse a su vez con personas que desean realizar trayectos urbanos y que acceden al servicio mediante la aplicación informática epónima.”

carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de estos.”

3.4. A modo de resumen de lo dicho hasta ahora, la sentencia impugnada –en cuanto concluyó que los recurrentes habían obrado como autores de la contravención establecida en el artículo 86 del Código Contravencional por conducir vehículos dónde se transportaba a personas de un punto a otro de la Ciudad– es infundada y debe ser revocada. Ello así, por no haber analizado dos cuestiones dirimientes para la aplicación de la citada norma a la conducta endiligada a los recurrentes: en primer lugar, quién ejerció la actividad de transporte y, en segundo lugar, el régimen legal aplicable a ese servicio de transporte.

Ahora bien, como la solución de esas cuestiones depende de una valoración de las constancias de la causa que no ha sido efectuada por los jueces de mérito, y resultando este Tribunal incompetente para suplir esa omisión, corresponde devolver las actuaciones para que, por intermedio de otros jueces, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

4. Resta analizar los agravios planteados por la defensa contra la condena impuesta a los Sres. Nicolas Sajoux, Ricardo Moix Magaña, Claudio Arakaki, Juan Carlos Colella, Gerardo Miguel Nuñez y Alfredo Perez por violación al artículo 77 del Código Contravencional (texto consolidado 2016, vigente al momento de los hechos y al que haré referencia de ahora en adelante).

4.1. En su recurso de inconstitucionalidad la defensa aduce, en primer lugar, que la licencia de clase “profesional” resulta exigible únicamente a los choferes que prestan servicios de taxi y remis y no a cualquier persona que preste servicios de transporte de personas, como el caso de sus defendidos. Denuncia que esta cuestión no fue abordada por la Cámara.

Asiste razón a la defensa en cuanto a la denunciada omisión de tratamiento. La Cámara afirmó que la defensa se agravió, únicamente, de la inaplicabilidad del artículo 77 del Código Contravencional a la conducta de sus defendidos (cuestión que será abordada en el punto 4.2 de este voto). Sin embargo, a fs. 653 (memorial) la defensa se agravió específicamente de que le fuera exigida a sus defendidos la licencia de conducir “D1” de tipo profesional y planteó que esa exigencia resultaba aplicable únicamente a las actividades de “taxi” y “remise”; más no a los efectos de conducir vehículos afectados al servicio de transporte de personas en general. Corresponde, por lo tanto, abordar el análisis de esta cuestión, por ser una cuestión puramente de derecho que no depende de la valoración de los hechos y constancias de la causa.

El Capítulo 3.1 del Título Tercero del Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad, titulado “Capacidad para conducir”, establece lo siguiente:

“Disposiciones generales. Todo conductor debe ser titular de una licencia expedida por autoridad competente que lo habilite para conducir el vehículo automotor con el que circula, que se ajuste a las pautas establecidas en el presente Código. La habilitación implica que su titular debe respetar las normas establecidas en el presente Código, los controles que se realicen a las mismas y las órdenes de la autoridad competente, en beneficio de la seguridad pública vial. El otorgamiento de licencias de conductor en infracción a las normas del presente código y su reglamentación, hace pasible a los funcionarios que las extiendan de las responsabilidades contempladas en el artículo 1.1.12 del Código Civil, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas que correspondan.” (art. 3.1.1.)

El Capítulo 3.2 regula lo atinente a las licencias de conducir.

El art. 3.2.1 establece:

“Objeto. Las licencias de conducir se expiden al solo efecto de certificar, luego de haber cumplido los requisitos establecidos en el presente capítulo, que el titular que figura en la misma está habilitado para conducir en la vía pública los tipos de vehículos autorizados de acuerdo a la categoría correspondiente. En ningún caso la licencia de conducir acredita la identificación de su portador.”

Los “requisitos referidos en el presente capítulo” a los que se refiere el artículo 3.2.1 son, principalmente, aquellos atinentes a la demostración de la aptitud para conducir el tipo de vehículo en cuestión. En este sentido, el artículo 3.2.8 establece, como requisitos para la obtención de la licencia de conductor por primera vez: (i) tener la edad mínima señalada de acuerdo a la categoría de licencia correspondiente, (ii) saber leer y escribir en español, (iii) aprobar un examen psicofísico; (iv) y concurrir a cursos y aprobar de un examen práctico y teórico de idoneidad, entre otros.

El Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad requiere, tanto a la fecha de los hechos como en la actualidad, licencia “Clase D”, que corresponde a la categoría “profesional”, a todos aquellos conductores que conduzcan vehículos que estén destinados al servicio transporte de pasajeros. Veamos:

El art. 3.2.2. establece:

“Las licencias de conductor pueden ser:

Clase A: Para motovehículos. Cuando se trate de motovehículos con motores de más de ciento cincuenta centímetros cúbicos (150 cm³) de cilindrada, el solicitante debe acreditar que por el término de dos (2) años estuvo

habilitado para conducir motovehículos de menor potencia, excepto los mayores de veintiún (21) años.

Clase B: Para automóviles, casas rodantes y camionetas, con acoplado cuyo peso no exceda los setecientos cincuenta kilogramos (750 Kg) de peso.

Clase C: Para camiones sin acoplado y los comprendidos en la clase B.

Clase D: Para los vehículos destinados al servicio de transporte de pasajeros, emergencia, seguridad y transporte de escolares, este último con el alcance establecido en el artículo 8.1.1 del presente Código, y los comprendidos en la clase B o C, según el caso.

Clase E: Para camiones articulados o con acoplado, maquinaria especial no agrícola y los comprendidos en la clase B y C.

Clase F: Para automotores especialmente adaptados para personas con discapacidad.

Clase G: Para tractores agrícolas y maquinaria especial agrícola.

La edad del titular, la diferencia de tamaño del automotor, el aditamento de remolque **o el tipo de servicio, determinan la subdivisión reglamentaria de las distintas clases de licencias.**”

Finalmente, el ex art. 3.2.14 (hoy, art. 3.2.13) del Código de Tránsito y Transporte caracteriza a la licencia clase “D” como una de carácter profesional. Ese artículo establece:

“a) El titular de una licencia de conductor de la clase C, D o E tiene el carácter de conductor profesional. Para que le sea expedida la misma se debe acreditar antigüedad mayor a un (1) año en la clase B, realizar los cursos y aprobar los exámenes correspondientes. También tendrán carácter profesional las licencias que habilitan para conducir ciclomotores y motocicletas destinados a la entrega a domicilio a título oneroso de alimentos o a servicio de cadetería, mensajería o similar, correspondientes a cada subdivisión de la clase A. Para su obtención debe acreditarse antigüedad mayor a un (1) año en la respectiva subclase.”

Entonces, de acuerdo con la normativa arriba transcrita, los tipos de licencias se subdividen en razón de ciertos criterios que tienen que ver con las distintas habilidades que debe acreditar una persona para circular con cada tipo de vehículo y entre esos criterios se encuentra el tipo de servicio al que se encuentra afectado el vehículo. Para el caso de vehículos afectados al servicio de transporte de pasajeros, la normativa prevé la necesidad de contar con licencia de conducir “Clase D” que se caracteriza por ser de tipo

“profesional”. Por lo tanto, toda persona que conduzca un vehículo afectado a la actividad de transporte de pasajeros en el ámbito de la Ciudad, debe contar con licencia clase “D” profesional.

Dadas las características de la afectación descritas en el expediente, cabe considerar qué ocurre cuando esa afectación al transporte de pasajeros no excluye el uso particular. La ley no distingue vehículos destinados exclusivamente al transporte de pasajeros de los que lo sean en tiempo parcial. Pero, vale señalar que los taxímetros que operan con la tradicional licencia son utilizados a veces como vehículos particulares. La idea de estar “destinado al transporte de pasajeros” queda vinculada por la ley a supuestos en que hay una operación comercial de oferta del servicio. Así, quien transporta a sus familiares, no destina al servicio de transporte de pasajeros, aun cuando, en la tercera acepción de la RAE, podamos referirnos a esos familiares como pasajeros. Tampoco a quien presta el servicio, de modo generoso, a quien lo necesita. Pero, sí a quien lo ofrece a aquel que lo quiera abonar.

Entonces, la obtención de la licencia de conducir es una condición para conducir legítimamente un automóvil, se encuentra regulada como una “habilitación” por parte de la autoridad administrativa, que sirve para superar la prohibición de hacerlo sin acreditar aptitud adecuada para conducir de manera segura. Cuando se lleva a cabo un servicio profesional de transportar personas la licencia requerida es la de la categoría profesional. Esa licencia es requerida “...al solo efecto de certificar, luego de haber cumplido los requisitos establecidos en el presente capítulo, que el titular que figura en la misma está habilitado para conducir en la vía pública los tipos de vehículos autorizados de acuerdo a la categoría correspondiente.” (art. 3.2.1 del Código de Tránsito y Transporte). Esos requisitos a los que la ley sujeta la habilitación tienen que ver con la aptitud personal del conductor. En otras palabras, se trata de un certificado de aptitud psico-física y destreza de la persona a quien se otorga para conducir el vehículo de la categoría correspondiente, pero, no una habilitación por las condiciones en las cuales se ejerce la actividad (vgr. higiene, inscripciones en tributos, características de los locales, etc.).

Como veremos a continuación, el tipo previsto en el artículo 77 del Código Contravencional refiere a este último tipo de habilitaciones y, por lo tanto, ha sido arbitrariamente aplicado al caso de autos.

4.2. Establecido ello, corresponde abordar el segundo agravio de la defensa, aquél según el cual el art. 77 del Código Contravencional no sería aplicable a los casos en los cuales una persona incurre en un exceso respecto de los límites de su licencia de conducir, por existir un régimen específico en el Régimen de Faltas (ley n° 451) que contempla estas situaciones (en particular, los arts. 6.1.1, 6.1.1.1. y 6.1.4 de dicho régimen).

Asiste razón a la defensa en cuanto a que el artículo 77 del Código Contravencional resulta inaplicable a la conducta endilgada a los

recurrentes. Sin embargo, ello no obedece a la especificidad del régimen de faltas respecto del contravencional, sino a que la conducta endilgada a los recurrentes no encuadra en el tipo previsto en el art. 77 del Código Contravencional. Veamos:

El art. 77 del Código Contravencional establece lo siguiente:

“Artículo 77 - Ejercer ilegítimamente una actividad -. Quien ejerce actividad para la cual se le ha revocado la licencia o autorización, o viola la inhabilitación **o excede los límites de la licencia** es sancionado/a con dos (02) a diez (10) días de trabajo de utilidad pública, multa de \$ 5.000 (pesos cinco mil) a \$ 50.000 (pesos cincuenta mil) o arresto de dos (02) a diez (10) días. Admite Culpa” (el resaltado me pertenece).

El comienzo del artículo, “quien ejerce actividad”, domina todas las acciones típicas, incluyendo ciertamente la de exceder los límites de la licencia. Ese exceso sólo puede consistir en ejercer la actividad superando los límites dentro de los cuales ella ha quedado habilitada por la licencia.

La doctrina interpretó que las actividades mentadas en esta norma son aquellas comprendidas por el artículo 1.1.1 del Código de Habilitaciones de la CABA, según el cual toda actividad comercial o industrial desarrollada en el ejido de la Ciudad debe contar con la correspondiente habilitación o permiso, lo cual excluye la actividad de conducir un vehículo¹⁴. No, en cambio, la conducción de un vehículo aun cuando el castellano admita denominarla “actividad”.

Esta interpretación es la que surge del juego armónico de las normas que venimos analizando y es la interpretación auténtica efectuada por los legisladores porteños al momento de sancionar el Código Contravencional; lo que elimina cualquier discusión al respecto. De los textos de los debates legislativos porteños puede extraerse que se presentó la duda respecto a si este artículo podía ser entendido como aplicable a las licencias de conducir y que aquella duda quedó despejada por su inaplicabilidad. En efecto, ante una pregunta del legislador Morando, el legislador Rebot aclaró que la norma captaba a la “actividad comercial sujeta a licencia en el sentido de licencia habilitante comercial” y que la violación al artículo 77 se producía, por ejemplo, para la actividad de “kiosko” montaba un “supermercado” e incluso se estableció que no resultaba siquiera necesaria una aclaración al texto de la norma.¹⁵ Por ello, resulta de aplicación la jurisprudencia de la

¹⁴ Aboso, Gustavo Eduardo (2018) “Código Contravencional y Procedimiento -Ley 12 C.A.B.A.- Comentado, anotado con jurisprudencia”, Segunda Edición ampliada y actualizada (2020), Ciudad de Buenos Aires, Euros Editores S.R.L.

¹⁵ “Sr. Presidente (De Estrada).- En consideración en particular el Artículo 74. Por Secretaría se le dará lectura. Sr. Secretario (Pérez).- Dice así: “Artículo 74.- Ejercer ilegítimamente una actividad. Quien ejerce actividad para la cual se le ha revocado la licencia o autorización, o viola la inhabilitación o excede los límites de la licencia es sancionado con dos a diez días de trabajo de utilidad pública,

CSJN según la cual las manifestaciones de los miembros informantes de las comisiones de las Honorables Cámaras del Congreso (Fallos: 33:228; 100:51; 114:298; 115:186; 328:4655), así como los debates parlamentarios (Fallos: 114:298; 313:1333), constituyen una valiosa herramienta para desentrañar la interpretación auténtica de una ley.

En estricta correspondencia con ello, de la normativa aplicable a las licencias de conducir reseñada en el punto 4.1, surge que la licencia de conductor no constituye un permiso para el ejercicio de la actividad en sí (es decir, de las condiciones bajo las cuales se desarrolla) sino una certificación de la aptitud del titular para realizar la actividad, de acuerdo a la categoría correspondiente.

multa de 1.000 a 10.000 pesos o arresto de dos a diez días. Admite culpa”. Sra. Suppa.- Aquí dice: “Quien ejerce actividad para la cual se le ha revocado la licencia...”, lo cual no es lo mismo que quien excede los límites de la licencia. Pido que me lo expliquen. Sr. Presidente (De Estrada).- Tiene la palabra el diputado Rebot. Sr. Rebot.- Señor presidente: ¿me recuerda el artículo? Sr. Presidente (De Estrada).- Es el Artículo 74. La diputada dice que no es lo mismo quien se le revoca la licencia que quien la prolonga indebidamente. Hay un tema de pena. De hecho, en la agravación de la pena se tiene en cuenta. Sr. Rebot.- El exceso de los límites de la licencia es trabajar sin habilitación. Técnicamente, es lo mismo que el que está habilitado para tener un quiosco y tiene un supermercado; o el que técnicamente, está habilitado para vender nafta y vende material explosivo. Se me pueden ocurrir muchos ejemplos. El exceso de la licencia es trabajar sin habilitación. En la práctica, el exceso es la ausencia de la licencia. Sr. Enríquez.- Pido la palabra. Señor presidente: el título es muy claro: “Ejercer ilegítimamente una actividad”. Se puede ejercer cuando no se tiene licencia, cuando se la ejerce con la licencia revocada o cuando se exceden las atribuciones que da la licencia para el ejercicio de esa actividad. Son distintos tipos que están subsumidos en esta figura, que es el ejercicio ilegítimo de una actividad. Sr. Morando.- Pido la palabra. Señor presidente: quiero hacer una pregunta que, tal vez, suene ridícula, teniendo en cuenta que la ley es nominal, pero prefiero que no se preste a confusión. ¿De qué manera queda claro que esto no incluye las licencias de conducir? Porque, en definitiva, conducir es una actividad. Sr. Presidente (De Estrada).- Tiene la palabra el diputado Rebot. Sr. Rebot.- Señor presidente: conducir es una actividad humana; no es una actividad comercial sujeta a licencia en el sentido de licencia habilitante comercial. Este artículo se basa sobre el 48 de la Ley 10. Cuando se habla de revocación de licencia, siempre se está hablando de los supuestos en que el Estado ejerce el poder de policía, y no a cualquier supuesto humano. Sr. Talento.- Pido la palabra. Señor presidente: de todas maneras, se podría configurar el caso de alguien que con una licencia de conducir particular está manejando un camión profesional, pues requiere otro tipo de autorización. Se trata de un ejercicio ilegítimo; y todos los supuestos que están contemplados allí son supuestos en los cuales esa autorización no alcanza, por distintas razones. Efectivamente, la diputada Suppa está planteando que tienen distinta gravedad. El juez ameritará caso por caso. De hecho, cuenta con un amplio menú de penas para aplicar un trabajo de utilidad pública en los casos leves, o para sancionar con arresto en los casos graves. Esto es lo que entendimos en la construcción de estas figuras. Sr. Morando.- Pido la palabra. Señor presidente: a fin de clarificar la redacción, propongo que diga “Ejercer ilegítimamente una actividad comercial”. Sr. Presidente (De Estrada).- Tiene la palabra el diputado Rebot. Sr. Rebot.- Señor presidente: hay habilitaciones para actividades no comerciales que tienen que ver con otros rubros en los cuales el Estado ejerce el poder de policía. Me parece que hay que aceptar el planteo de que esto está en la Ley 10, y que está bien, ya que nunca ha sido objeto significativo de debate. Estamos incorporando el exceso en el ejercicio de las licencias, que no está en la Ley 10. Lo demás sí está. No hay confusión actual. Sr. Presidente (De Estrada).- En consecuencia, se mantiene el texto. Se va a votar el Artículo 74. Se vota y aprueba. Sr. Presidente (De Estrada).- El Artículo 74 ha quedado aprobado con treinta y

Por las consideraciones expuestas, la sentencia recurrida debe ser revocada en cuanto condenó a los Sres. Sajoux, Moix Magaña, Arakaki, Colella, Nuñez y Pérez por violación al artículo 77 del Código Contravencional.

4.3. Con respecto a los Sres. Sajoux y Arakaki, la Defensa postula que los jueces de mérito violaron la prohibición de doble persecución penal por el mismo hecho (*non bis in idem*) (arts. 18 y 75 inciso 22 de la CN, arts. 8.4 CADH, 14.5 PIDCyP y arts. 10 y 13 de la Constitución de la CABA), al haber permitido la sustanciación del procedimiento contravencional y, finalmente, pronunciado la condena que ahora recurren, luego de quedar extinguida la acción por faltas iniciada contra éstas mismas personas por los hechos aquí analizados.

4.3.1. La Cámara descartó este planteo tal como le fue hecho por la Defensa con estas consideraciones:

“La defensa afirmó que a su asistido se le atribuyó el mismo hecho bajo dos órdenes distintas de juzgamiento. Ahora bien, de acuerdo a lo señalado supra, el objeto del expediente de faltas es el ejercicio del poder de policía de la autoridad local, destinado a que el infractor se ajuste a los estándares legales de funcionamiento de una determinada actividad, en el caso la prestación de un servicio; mientras en la causa contravencional, la cuestión debatida es la infracción a las normas del Código Contravencional; o sea, la realización de actividades lucrativas en el espacio público y exceso en los límites de una licencia. Ahora bien, toda vez que al tener las sanciones administrativas distinta naturaleza, finalidad y esencia que las penas previstas por el derecho contravencional, pueden coexistir.” (ps. 193).

Luego, la Cámara agregó que esa interpretación encontraba apoyo en el artículo 10 de la ley n° 451.

4.3.2. La ausencia de tipicidad respecto del artículo 77 del Código Contravencional, establecida en el punto 4.2. respecto de la conducta de los Sres. Sajoux, Moix Magaña, Arakaki, Colella, Nuñez y Pérez torna innecesario tratar el agravio de los Sres. Sajoux y Arakaki relativo a que penarlos por la infracción al art. 77 comentado supondría transgredir la prohibición conocida como *ne bis in idem*.

Luego, en relación a la condena a los ocho recurrentes por violación al artículo 86 del Código Contravencional (uso indebido del espacio público), el hecho que los jueces de mérito consideraron violatorio de esa prohibición no ha sido correctamente identificado por la Cámara. Tal como analicé en el punto 3.1 de este voto, a cuyas consideraciones me remito, la Cámara no

cuatro votos.”

analizó, en concreto, en qué consistía el servicio de transporte de pasajeros realizado, en su visión, en transgresión al artículo en cuestión. Así, por ejemplo, no analizó si la actividad en cuestión era realizada en forma conjunta o individualmente por cada uno de los choferes que utilizan la plataforma “UBER”, si lo hacían por sí o, en cambio, actuaban por cuenta y orden de un tercero, que podría ser quien fije las condiciones esenciales del servicio (precio, modalidad del transporte, etc.). Es decir, no delimitó la base fáctica; lo que motiva la devolución que propongo en este voto.

En esas condiciones, resultaría prematuro y conjetural expedirme respecto a una posible violación a la prohibición del *ne bis in idem* en relación con la persecución contravencional por el tipo del artículo 86 CC. Consecuentemente, también deviene prematuro examinar lo expuesto por la Cámara respecto de la diferente finalidad represiva de faltas y contravenciones, más allá del acierto o error de lo resuelto.

5. En virtud de las consideraciones expuestas, voto por:

(i) hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad;

(ii) revocar la sentencia de la Cámara de fs. 679/689 en cuanto condenó a los Sres. Sajoux, Moix Magaña, Arakaki, Colella, Nuñez, Pérez, Rosello y Szumik por violación al artículo 86 del Código Contravencional, y devolver el expediente a la Cámara para que, por medio de jueces distintos, se dicte nueva sentencia con arreglo a las consideraciones expuestas en el punto 3; y

(iii) revocar la sentencia de la Cámara de fs. 679/689 en cuanto condenó a los Sres. Sajoux, Moix Magaña, Arakaki, Colella, Nuñez y Pérez por violación al artículo 77 del Código Contravencional y absolverlos en orden a esa contravención.

El juez Santiago Otamendi dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma y se dirige contra una sentencia definitiva (arts. 26 y 32 de la ley n° 402). Sin embargo, no puede prosperar porque la defensa no ha logrado demostrar la existencia de una cuestión constitucional vinculada a la aplicación, por parte de los jueces de ambas instancias de mérito, de las normas contravencionales en juego.

2. En cuanto a la alegada vulneración a las garantías de reserva de ley, legalidad y prohibición de analogía y los principios de razonabilidad y supremacía de la Constitución Nacional (previstos en los artículos 18, 19, 28 y 31 de la CN), los fundamentos esgrimidos por la defensa no son suficientes para demostrar una vinculación entre aquéllos y lo resuelto por las instancias de mérito.

En efecto, tanto el juez de grado como los camaristas que conformaron la mayoría entendieron, como se señaló en las resultas, que la

actividad de los choferes imputados —transporte de pasajeros utilizando la aplicación de UBER— era constitutiva de la contravención tipificada en el art. 86 del CC (texto consolidado según ley n° 5.666) y, con excepción de dos de ellos, también de aquella establecida en el art. 77 de esa misma norma; dando razones para justificar su decisión.

En este sentido, estos últimos sostuvieron que “...más allá de la moderna forma en la que pretende implementar la firma UBER de acceder al servicio a través de una aplicación mediante internet —que no es más que la manera en que se ponen en contacto los consumidores con los conductores —, lo cierto es que se trata de una actividad económica de transporte legalmente regulada y por lo tanto, no puede funcionar hasta tanto no sea autorizada por la ciudad” y que “[l]a contravención imputada transcurrió en el espacio público, fue desarrollada por los imputados, quienes de acuerdo a las probanzas colectadas en la causa, transportaron pasajeros sin habilitación para explotar una actividad de transporte de los mismos” (fs. 681 vta. del expediente principal).

Asimismo, desecharon el planteo de atipicidad efectuado por la defensa al señalar que el art. 86 del CC “no hace referencia a taxis o remises sino que (...) reprime las actividades lucrativas en el espacio público no autorizadas por la administración” (fs. 681 vta. del expediente principal).

3. Por otra parte, en cuanto al agravio vinculado a la supuesta nulidad del debate —por cuanto habría sido celebrado sin que hubiese adquirido firmeza el rechazo al pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por esa parte—, debe decirse que la denegación de la suspensión del proceso a prueba dictada oportunamente por el juez de grado ha adquirido firmeza (cf. fs 77/84, 145/148, 165/168 y 174, del incidente de suspensión del proceso a prueba n° INC 4790/2016-238); en virtud de lo cual ese planteo ha perdido actualidad.

No obstante ello, resulta menester resaltar el fundamento brindado por el juez de primera instancia en cuanto consideró que la ley exige que la suspensión del proceso a prueba en materia contravencional sea acordada entre el fiscal y el defensor —acuerdo que no había existido en este caso (cf. fs. 102)— es coincidente con el criterio sentado por este Tribunal (cf. Expte. n° 16138/18 “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Incidente de recurso de inconstitucionalidad en autos Crespo, Francisco Javier s/ 111, conducir con mayor cantidad de alcohol en sangre del permitido o bajo los efectos de estupefacientes (art. 114 según TC, Ley 5666 modif.)”.

4. Específicamente respecto a la violación de la garantía de *ne bis in idem*, la defensa no ha logrado rebatir los fundamentos expuestos por los jueces de grado en cuanto a que “toda vez que al tener las sanciones administrativas distinta naturaleza, finalidad y esencia que las penas

previstas por el derecho contravencional, pueden coexistir” (cf. fs. 680 del expte. principal n° 4790-2016-238).

En este sentido, el recurrente tampoco se ha hecho cargo de la doctrina sentada por este Tribunal en relación con que, sin perjuicio de que ambos procedimientos —tanto el de faltas como el contravencional— tuvieran como objeto el mismo hecho histórico, “(...) lo cierto es que en el caso del juzgamiento por la posible infracción (...) al Régimen de Faltas se trata de sanciones derivadas de facultades ordenatorias que emanan del poder de policía de la Ciudad, mientras que en el proceso contravencional se investiga la comisión de la contravención (...) referida a la violación de normas que lesionan o ponen en peligro ciertos bienes jurídicos individuales o colectivos protegidos” (cf. “Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Norte de la CABA— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Legajo de juicio en autos Settimio, Martín Facundo s/ infr. art. 82, CC, ruidos molestos’”, expte. n° 14711, resolución del 15/8/2018).

5. Por todo lo expuesto, se advierte así que, lejos de exponer un caso constitucional, el recurrente se limitó a reeditar planteos realizados en instancias anteriores y expresar su desacuerdo genérico con el modo en que los jueces de ambas instancias resolvieron las cuestiones planteadas e interpretaron la normativa aplicable. Lo cierto es que, al margen del acierto o error de lo resuelto en la causa, la argumentación ofrecida por la defensa no alcanza a justificar de manera razonada que se trate de un supuesto de decisión arbitraria y sólo pone de manifiesto su disconformidad con una respuesta jurisdiccional adversa.

Este Tribunal ha dicho que la referencia ritual a derechos y garantías constitucionales, si no se acredita fundadamente su cercenamiento, es en sí misma insuficiente para habilitar su intervención y para dar sustento a una impugnación como la interpuesta. De lo contrario, la competencia extraordinaria de este estrado se vería desnaturalizada al punto de que se vería convertido en una virtual y obligada tercera instancia de todos los pronunciamientos que dicta el Poder Judicial local.

En ese sentido, para el recurso extraordinario federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que tiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la ‘sentencia fundada en ley’ a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional” (Fallos: 308:2351; 311:786; 312:246, 608 y 323:2196, entre otros).

Así las cosas, y al margen de la discusión sobre la interpretación de las normas contravencionales —ajena en principio a esta instancia extraordinaria—, lo cierto es que la parte no ha demostrado que la decisión

impugnada no sea una derivación lógica y razonada del derecho vigente y de las constancias de la causa, que en consecuencia impida considerarla como la sentencia fundada en la ley a la que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la CN.

6. Por lo ya expuesto, corresponde rechazar la queja (art. 32, ley n° 402).

Por ello, habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General Adjunto, por unanimidad con respecto al punto 1 y por mayoría con respecto a los puntos 2 y 3,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

- 1. Aceptar** la excusación de la jueza Marcela De Langhe.
- 2. Hacer** lugar al recurso de queja interpuesto.
- 3. Hacer** lugar al recurso de inconstitucionalidad y **revocar** la resolución de Cámara dictada el 17 de abril de 2018 (Actuación n° 11244029/2018).
- 4. Mandar** que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas.

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



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