
**FALLOS
DE LA
CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA NACION**

TOMO 337

Volumen 2

2014

**FALLOS DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA NACION**

CONSULTA DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En la Colección “Fallos” se publican solo las sentencias más trascendentes que emite el Tribunal (acordada 37/2003).

En el sitio de Internet www.csjn.gov.ar, se puede consultar la **totalidad de las sentencias** en forma inmediata a su dictado y mediante diversos parámetros de búsqueda.

Entre las bases disponibles, se hallan las siguientes:

- 1.- Base única de **Sumarios de fallos** (desde 1863 - a la fecha)
- 2.- Base de **Fallos Completos** (desde 1994 - a la fecha)
- 3.- La biblioteca completa de los **Tomos de la colección “Fallos”** (desde el Tomo 1°)
- 4.- Búsqueda de precedente por la **Cita de la colección “Fallos”**
- 5.- **Suplementos de Actualización Jurisprudencial**
- 6.- Posibilidad de consultar todas las sentencias por **Acuerdo**
- 7.- Las **Novedades** más importantes sobre la jurisprudencia del Tribunal

R E P U B L I C A A R G E N T I N A

FALLOS

DE LA

C O R T E S U P R E M A

DE

J U S T I C I A D E L A N A C I O N

PUBLICACION A CARGO DE LA SECRETARIA
DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

TOMO 337 – VOLUMEN 2

AGOSTO - DICIEMBRE

2014

Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 337 - II.
- 1a ed . Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de
Justicia de la Nación - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Corte
Suprema de Justicia de la Nación, 2016.**

Libro digital, HTML

Archivo Digital: online

ISBN 978-987-1625-35-2

1. Fallos de la Corte. I. Título.

CDD 347.077

ACORDADAS Y RESOLUCIONES

AÑO 2014

AGOSTO – DICIEMBRE

Acordadas (*)

1. Presupuesto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación AÑO 2015. -N° 23-.
2. Visto el fallecimiento del Dr. Jorge Antonio BACQUE, dirigir una nota de condolencia a la familia del extinto e incluir su nombre en las tablas de honor del Tribunal. -N° 24-.
3. Visto el fallecimiento del Dr. Eduardo MOLINE O'CONNOR, dirigir una nota de condolencia a la familia del ex Ministro e incluir su nombre en las tablas de la memoria del Tribunal. -N° 25-.
4. Declarar de interés la “VI Conferencia Nacional de Jueces”. -N° 26-.
5. Establecer en la suma de \$ 15.000.- el depósito regulado por el art. 286 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación (Recurso queja por denegación de extraordinario). -N° 27-.
6. Determinar el monto mínimo que condiciona la admisibilidad de la apelación ordinaria reglada en el art. 24, inc. 6, apartado a, del Decreto-Ley 1285/58 en la suma de \$ 10.890.000. -N° 28-.
7. Fijar el Presupuesto de Gastos 2015 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y remitir el Presupuesto de Gastos 2015 del Consejo de la Magistratura. -N° 29-.

* Los documentos de la lista precedente se encuentran disponibles en el Sitio Web www.csjn.gov.ar – Administración General – Acordadas.

8. Designar a las Abogadas María del Rosario BRINSEK y Mariel Susana LUZZI como Directora General y Subdirectora General, respectivamente, de la Dirección General de Mandamientos. -N° 30-.
9. Disponer la adopción de un Sistema Integrado de Gestión Bibliotecaria - SIGB para todas las bibliotecas del Poder Judicial de la Nación. -N° 31-.
10. Crear el Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los Tribunales del Poder Judicial de la Nación. -N° 32-.
11. Visto el fallecimiento del Dr. Enrique Santiago PETRACCHI, dirigir nota de condolencia a la familia del Señor Ministro e incluir su nombre en las tablas de la memoria del Tribunal. -N° 33-.
12. Crear el Cuerpo de Peritos del Poder Judicial de la Nación, Especializado en Casos de Corrupción y Delitos contra la Administración Pública y aprobar su reglamento. -N° 34-.
13. Disponer la liquidación y pago de un incremento salarial del 10 % a partir del 1° de Octubre de 2014, remunerativo y bonificable, para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial de la Nación. -N° 35-.
14. Autoridades de FERIA Enero 2015. -N° 36-.
15. Establecer en la suma fija de \$ 4.419.- la asignación especial denominada “ex-combatientes Islas Malvinas” a partir del 1° de Noviembre de 2014. -N° 37-.
16. Disponer la habilitación de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, a partir del 18 de Diciembre de 2014. -N° 38-.
17. Modificar el Estatuto de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación -OSPJN-. -N° 39-.

18. Declarar feriado judicial los días 24 y 31 de Diciembre de 2014 e inhábil el 02 de Enero de 2015 para los tribunales nacionales y federales con asiento en la Capital e Interior del país. -N° 40-.
19. Declarar asueto los días 23 y 30 de Diciembre de 2014 a partir de las 12:00 horas, para los tribunales nacionales y federales con asiento en la Capital e Interior del País. -N° 41-.
20. Ordenar la habilitación de los cargos de funcionarios y empleados, en forma parcial y gradual, a los fines de su paulatina organización. Extender el feriado de 7 días hábiles, dispuesto en el punto 3° de la Acordada 38/14, hasta el 1° de Marzo de 2015, inclusive. -N° 42-.

Resoluciones (*)

1. Prorrogar, por única vez, el plazo previsto en el artículo 1 del anexo I de la Acordada CSJN N° 2/2014 relativo a la inscripción mediante el Sistema Único de Administración de Peritos y Martilleros (SUAPM), hasta el 14 de noviembre de 2014. -N° 2879-.
2. Disponer un reajuste en las cuotas correspondientes a los afiliados extraordinarios de la OSPJN y en los montos mínimos establecidos para los afiliados adherentes, con vigencia a partir del 1° de Octubre de 2014. -N° 2911-.
3. Régimen de Notificaciones Electrónicas - disponer que hasta tanto la información del servicio tenga características suficientes para ser accesible para los letrados no videntes, los profesionales que así lo requieran y prueben, podrán exceptuarse de cumplir con las obligaciones que emanan de la Acordada CSJN N° 31/11, en las causas en las que se encuentran designados. -N° 2998-.

* Los documentos de la lista precedente se encuentran disponibles en el Sitio Web www.csjn.gov.ar – Administración General – Resoluciones.

4. Disponer -a partir del 1 ° de noviembre de 2014- un nuevo valor del concepto “Movilidad Fija” estableciéndolo en la suma de pesos dos mil cuatrocientos setenta y ocho (\$ 2. 478,00)- para todos los funcionarios y empleados dependientes del Poder Judicial de la Nación a quienes corresponda percibirlo. -N° 3631-.

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA**AGOSTO**

DUARTE, FELICIA s/ RECURSO DE CASACIÓN

DOBLE INSTANCIA

Si la imputada fue absuelta por un tribunal oral y luego condenada por la Cámara Federal de Casación Penal, el derecho al doble conforme reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8.2.h no puede ser cumplido a través del recurso extraordinario federal ante el escaso margen revisor que tiene la Corte y que dejaría afuera una cantidad de aspectos esenciales que no podrían ser abordados, por lo que corresponde remitir la causa a la Cámara mencionada para que, por intermedio de quien corresponda, se designe una nueva sala de ese tribunal para que de acuerdo con los lineamientos del fallo de la Corte Suprema proceda a la revisión de la sentencia.

-Idéntico criterio aplicó el Tribunal para resolver, en el día de la fecha, las causas “Chabán” y “Chambla”-.

DOBLE INSTANCIA

La cláusula del art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -en tanto menciona que es un juez o tribunal superior quien ejerce la revisión- no constituye un obstáculo para que sea la propia Cámara Federal de Casación Penal, por intermedio de una sala distinta de aquella que dictó la condena el tribunal encargado de revisar ésta, ya que la referencia a “un juez o tribunal superior” debe entenderse como la exigencia de que el órgano revisor pueda brindar garantías de independencia e imparcialidad suficientes para asegurar la satisfacción del fin al que apunta la regla y no como una obligación de asegurar la existencia de una estructura de tribunales organizados jerárquicamente (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

-Del dictamen de la Procuración General al que el voto remite-.

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa absolvió a Felicia D del delito de contrabando de importación de estupefacientes con fines de comercialización, en grado de tentativa, por el que había sido acusada. Sin embargo, recurrida esa decisión por el fiscal, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal revocó la absolución y condenó a D., como autora de ese delito, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión (artículos 864, inciso d), 866, 2° párrafo, 871 y 872 del Código Aduanero, y 45 del Código Penal [fs. 305/316]).

Contra este pronunciamiento la defensa interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido.

-II-

En el escrito que contiene la apelación federal, el recurrente sostuvo, en primer lugar, que la condena impuesta, al haber sido pronunciada por el tribunal superior de la causa, afectaba el derecho de su asistida a recurrir el fallo en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos, y expuso que ello era así porque el recurso extraordinario federal, por sus limitaciones formales y materiales, no constituía un medio adecuado para lograr una revisión amplia de los agravios relacionados con la valoración de la prueba, el dolo y la imposición de la pena que, a su entender, habría ocasionado la sentencia a su defendida, y que enumeró y describió en su presentación. A este respecto, invocó en su apoyo la doctrina que la Corte sentó en el precedente “Giroidi” (Fallos: 318:514).

A ello agregó que la condena habría sido dictada con exceso de jurisdicción pues, por un lado, el a quo había excedido la pretensión del ministerio fiscal, que no había peticionado la condena sino tan sólo la anulación de la absolución y el reenvío de las actuaciones y, por el otro, porque habría basado la condena en la valoración que efectuó de declaraciones (de D y testigos) que no fueron transcriptas en el acta ni registradas de ninguna otra forma, y cuya apreciación requería intermediación en cualquier caso. En este sentido, señaló que, para afirmar que el equipaje pertenecía también a D y que ésta conocía su contenido, el a quo dio por válidas “las supuestas manifestaciones de

testigos y de mi asistida que mencionó el Sr. Fiscal que no constan en el acta de debate” y enfatizó que los jueces fundaron la condena principalmente en que el descargo de D durante el debate era inverosímil, a pesar de que “solamente consta en el acta de debate que quiso declarar y que ‘declaró’” y de que sólo tuvieron ocasión de escucharla en la audiencia *de visu* que prevé el artículo 41 del código de fondo, lo cual era insuficiente para garantizar el derecho a ser oído.

Por estas razones, de acuerdo con el recurrente, el a quo habría incurrido no sólo en una afectación de la prohibición de reformatio in peius, sino también del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, del debido proceso (por infracción de los principios de oralidad, inmediatez y continuidad), del derecho a la defensa en juicio y del principio de inocencia y, con ello, de diversas normas de la Constitución Nacional, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por último, luego de señalar el “interés actual y subsistente” de su asistida “en obtener un control del pronunciamiento de la alzada” y que los vicios denunciados podían comprometer la responsabilidad internacional del Estado argentino, solicitó que la Corte hiciera lugar al recurso, revocara la sentencia y, en uso de la facultad que le confiere el artículo 16 de la ley 48, dictara la absolución de D .

-III-

El recurso se dirige contra una sentencia definitiva dictada por el tribunal superior de la causa y suscita una cuestión federal suficiente, pues se halla en tela de juicio el alcance del derecho de recurrir el fallo condenatorio, previsto en los artículos 18 de la Constitución Nacional, 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En esa medida, el recurso es formalmente admisible en los términos del artículo 14 de la ley 48.

Sin embargo, cabe recordar que cuando se halla en discusión el contenido y alcance de una norma de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del tribunal *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado de acuerdo con la inteligencia que rectamente le otorgue (Fallos: 326:2880; 320:1602; 323:1406 y 1566, entre otros).

En este sentido, si bien el apelante reclama que V.E. revoque el fallo apelado y dicte absolución en el caso, pienso que, tal como ha quedado planteada, la cuestión consiste en dilucidar si, con arreglo

a la garantía constitucional invocada, el recurrente tiene derecho a una revisión amplia de la condena impuesta por el a quo en autos y, en caso de respuesta afirmativa, cuál sería la vía más idónea y adecuada para materializarla.

-IV-

En lo que respecta a lo primero, el caso es sustancialmente análogo al debatido en el expediente C. 416, XLVIII, “C. Nicolás Guillermo y otros s/ homicidio - causa n° 242/2009”, en el que dictaminé en el día de la fecha, y a cuyos términos me remito y doy aquí por reproducidos, en lo pertinente, en beneficio de la brevedad.

Con arreglo a lo allí expuesto, debe concluirse que la aquí imputada goza de un derecho a que la condena dictada por el a quo sea revisada en términos amplios, pues el derecho del condenado a recurrir la sentencia ha sido concebido como una garantía de doble conformidad que rige cualquiera sea la instancia procesal en la que hubiese recaído la primera condena.

Por otro lado, desde el punto de vista de la compatibilidad de esta conclusión con la interpretación que ha hecho del artículo 8.2.h de la Convención Americana la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creo oportuno señalar que el *sub lite* coincide, precisamente, con el que fue resuelto por ese tribunal al condenar al Estado argentino en el caso “Mohamed v. Argentina” (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2012, Serie C, Nro. 255). En esa sentencia, cabe recordar, la Corte Interamericana declaró que el derecho a obtener una revisión amplia del fallo también le asiste a la persona que es condenada, por primera vez, por un tribunal revisor que conoce en el recurso deducido contra la sentencia absolutoria dictada en primera instancia, pues el artículo 8.2.h de la Convención Americana no previó ninguna excepción al derecho que consagra en su texto, como si, en cambio, lo hizo expresamente su equivalente del sistema europeo, el artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

También expresó que los Estados parte debían garantizar de un modo eficaz el derecho a exigir que esa revisión tenga lugar, aunque la legislación procesal aplicable no prevea específicamente un recurso ordinario a tal efecto.

-V-

Es que resuelta afirmativamente la primera cuestión, una vez más queda por establecer cuál sería la vía más idónea y adecuada para concretar, en un supuesto como el presente, la revisión amplia que garantizan las cláusulas constitucionales y convencionales relativas al derecho al recurso del condenado.

En relación con este punto, estimo que las consideraciones expuestas al dictaminar en el ya citado caso “C.” no son aquí de aplicación, pues el actual proceso penal ha sido llevado adelante en la justicia federal. La intervención de la Corte como tribunal de revisión ordinaria en este caso no implicaría, por tanto, una intrusión en los poderes de gobierno provincial.

Sin embargo, en mi opinión, tampoco en causas como la presente —que corresponden a la jurisdicción federal— debe ser la Corte Suprema el tribunal encargado de la revisión del fallo condenatorio que aseguran los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Al respecto, cabe recordar que la Corte ha asumido, desde los inicios de la organización nacional, que el primero y más elemental de sus atributos es el de ser custodio e intérprete supremo de la Constitución y los derechos y garantías en ella consagrados (Fallos: 1:340; 33:162; 310:1771; 326:2968, entre tantos otros): “Los constituyentes de 1853 no atribuían menos importancia que sus predecesores norteamericanos a la justicia federal y particularmente a la Corte Suprema. ‘Ella es la que ha de formar, por decirlo así —manifestaba en su informe la comisión redactora— la jurisprudencia del código constitucional ’” (Juan A. González Calderón, *Derecho constitucional argentino, Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, t. III, 3° ed., J. Lajoune & Cía., Buenos Aires, 1931, p. 418).

Ése es el sentido, en efecto, que el Congreso atribuyó a la jurisdicción apelada de la Corte al reglamentar con la ley 48 de 1863 el actual artículo 117, primera parte, de la Constitución. La ley 48 reguló así un recurso extraordinario con miras a garantizar el ejercicio de la función del Tribunal como intérprete último del derecho federal, evitando que su intervención se convirtiera en una nueva instancia ordinaria de los pleitos que se tramitan ante los tribunales provinciales (Fallos: 48:71; 97:285; 179:5; 248:189, entre otros).

En idéntica dirección apuntan los motivos que condujeron a la sanción de la ley 4055 en 1902, que reformó la justicia federal e incorporó

las cámaras federales de apelación. La reforma respondió especialmente a la necesidad de asegurar “las condiciones imprescindibles para que el Tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado; propósito al que contribuye la existencia de órganos judiciales ‘intermedios’, sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir a la Corte Suprema, sea porque el objeto a revisar por ésta ya sería un producto seguramente más elaborado” (Fallos: 308:490, considerando 5° del voto de la mayoría).

Al aplicar esa interpretación de las normas que regulan su propia jurisdicción, en el precedente registrado en Fallos: 318:514 la Corte concluyó que debía ser la Cámara Nacional de Casación Penal —y no la propia Corte— el tribunal ante el cual debía ventilarse el recurso contra la sentencia penal condenatoria que el recurrente en aquel caso esgrimía con base en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y sobre esa base declaró inconstitucional el artículo 459, inciso 2, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto vedaba la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales penales en virtud del monto de la pena impuesta, y dejaba así al condenado sin más vía de impugnación que la del recurso extraordinario ante la Corte.

Para adoptar esa decisión el Tribunal consideró además que el recurso extraordinario federal, dados los límites de su reglamentación legal, no constituía una salvaguarda eficaz de la garantía de la doble instancia (considerando 8°) y, en ese sentido, coincidió con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que previamente, en un informe originado en una denuncia contra nuestro país, había señalado que si “...la jurisprudencia de la Corte Suprema sostiene que el recurso extraordinario no abarca la revisión del procedimiento y que la doctrina de la arbitrariedad impone un criterio particularmente restrictivo para analizar su procedencia...”, el recurso extraordinario no constituye “...un instrumento efectivo para garantizar el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior reconocido en el artículo 8.2.h” (Informe n° 17/94, de 9 de febrero de 1995, sobre el caso 11.086 “Maqueda” - Argentina).

En definitiva, entiendo que la reglamentación de la jurisdicción por apelación de la Corte Suprema, tal como ha sido interpretada a lo largo de su historia jurisprudencial, contradice la proposición de que sea la propia Corte la que deba intervenir, en casos como el presente, como tribunal de revisión ordinaria de la condena dictada por la cámara de casación.

-VI-

En línea con lo resuelto en el precedente de Fallos: 318:514, corresponde, en mi opinión, que el tribunal encargado de revisar la condena sea la propia Cámara Federal de Casación Penal, por intermedio de una sala distinta de aquella que dictó la condena. Desde una perspectiva institucional, esta solución no sólo resulta consistente con la división de las tareas y funciones propias de cada tribunal —la Cámara como tribunal de revisión sobre el mérito de las decisiones de los tribunales nacionales con competencia penal y la Corte como custodio e intérprete final de la Constitución y el derecho federal— sino que, asimismo, aprovecha la dinámica organizacional ya existente de un tribunal cuyos recursos humanos y técnicos han sido puestos al servicio de la función revisora en materia penal desde siempre.

No advierto, por su parte, que la cláusula del artículo 8.2.h de la Convención Americana -en tanto menciona que es un juez o tribunal superior quien ejerce la revisión- constituya un obstáculo en este sentido.

A este respecto, V.E. ha afirmado que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los Estados contratantes, que asumen obligaciones, al suscribirlos, no respecto de otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (Fallos: 320:2145, considerando 6° del voto de la mayoría). Desde esa perspectiva, el derecho al recurso debe entenderse estrictamente como una garantía instituida en favor del acusado contra el error o la arbitrariedad, y no como un mecanismo de control burocrático de las decisiones de órganos inferiores. Una interpretación razonable de la cláusula convencional, entonces, conduce a la conclusión de que la referencia a que el derecho a recurrir el fallo condenatorio se ejerce ante “un juez o tribunal superior” debe entenderse como la exigencia de que el órgano revisor pueda brindar garantías de independencia e imparcialidad suficientes para asegurar la satisfacción del fin al que apunta la regla del artículo 8.2.h de la Convención, y no como una obligación de asegurar la existencia de una estructura de tribunales organizados jerárquicamente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado esta lectura de la cláusula en cuestión en la sentencia del caso “Barreto Leiva v. Venezuela”. Allí, expresó que la inexistencia de un tribunal jerárquicamente superior al que dicta el fallo condenatorio no constituye un obstáculo para hacer efectiva la revisión amplia a la que tiene

derecho el condenado, pues lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. En esos casos, en efecto, el tribunal interamericano ha señalado que el conocimiento de la impugnación puede incluso estar a cargo del mismo órgano jurisdiccional, “con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso” (cf. párrafo 90 de la sentencia “Barreto Leiva”).

Por lo demás, ninguna norma del código procesal nacional parece oponerse decisivamente a la solución que aquí propicio. Más allá de alguna alusión marginal al tribunal que ha de resolver el recurso de casación como el tribunal “de alzada” en relación con el que dictó la decisión recurrida (artículo 464 del Código Procesal Penal de la Nación), no encuentro razones que impidan interpretar las normas del procedimiento penal vigente de manera compatible con la solución que he propuesto para el caso en examen, lo que resulta suficiente para considerarlas adecuadas a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales de derechos humanos de igual jerarquía en el aspecto que está en discusión.

-VII-

Por todo lo expuesto, considero que si bien la Corte debería declarar procedente el recurso extraordinario en lo que se refiere al agravio consistente en la violación al derecho de recurrir la condena, en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no corresponde revocar la decisión del a quo, sino devolver el caso a la Cámara Federal de Casación Penal para que, por quien corresponda, se garantice a la condenada la posibilidad de impugnar esa sentencia, con los alcances indicados en este dictamen. Buenos Aires, 04 de octubre 2013. *Alejandra Magdalena Gils Carbó*.

Suprema Corte:

-I-

La Cámara en lo Criminal Segunda de Neuquén condenó a Juan Leonardo D y Leonardo Ariel S por la comisión del delito de homicidio en riña (artículo 95 del Código Penal) y le impuso a cada uno la pena de tres años de prisión. Sin embargo, al revisar la sentencia con motivo de los recursos de casación interpuestos tanto por los condenados como por las partes acusadoras, la Sala Penal del Tribunal

Superior de Justicia provincial consideró que la conducta desplegada por D y S no constituía ese delito, sino el de homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad (artículos 79, 45 y 41 quater del Código Penal), por el que los condenó, en definitiva, a la pena de diez años y ocho meses de prisión, de conformidad con la pretensión del fiscal y del querellante particular (fs. 5/33).

Contra esa decisión la defensa interpuso un recurso extraordinario federal, en el cual, en lo esencial, alegó arbitrariedad en la determinación de los hechos y de la calificación legal aplicada, desconocimiento de la doctrina del fallo “Antiñir” (Fallos: 329:2367) y, como consecuencia de todo ello, afectación de los principios de culpabilidad, legalidad, materialidad de la acción e in dubio pro reo. También mencionó la violación del principio *ne bis in idem* debido a la posibilidad de recurrir el fallo que la ley procesal local le acuerda a la parte acusadora. En cuanto a la procedencia formal, la fundó no sólo en el carácter federal que atribuyó a sus agravios, sino también en el derecho constitucional a la revisión del fallo condenatorio, reconocido en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuya aplicación sostuvo en el caso, también con relación a la nueva condena dictada por el *a quo*.

El recurso extraordinario fue denegado por el *a quo* con base en razones formales, relacionadas con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Acordada 4/07, y también por considerar que los agravios que el recurrente pretendía introducir por la vía de la arbitrariedad no trascendían de una mera discrepancia con la valoración que se había efectuado en la sentencia sobre hechos, pruebas y normas de derecho común, en aspectos que no guardaban relación directa con las garantías en cuya afectación intentaba fincar la cuestión federal.

Además, con relación al reclamo de revisión del fallo, sostuvo el *a quo* que en su pronunciamiento condenatorio ya había dado “una completa respuesta a cada una de las objeciones planteadas en torno a la sentencia condenatoria [de primera instancial]” y, de esa manera, había satisfecho la revisión pretendida por el recurrente. Por lo demás, el máximo tribunal provincial consideró que la facultad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de admitir y resolver el caso a pesar de los obstáculos de procedencia formal constituye una salvaguarda suficiente de la pretensión del recurrente (fs. 82/83).

Disconforme la defensa interpuso esta presentación directa, en la que refutó la denegatoria, mantuvo sus agravios e insistió en que la decisión de restringir el acceso al recurso extraordinario federal, úni-

co disponible, importaba una afectación de su derecho constitucional a obtener la revisión integral de la sentencia condenatoria dictada por el a quo (fs. 103/107 vta.).

-II-

El recurso se dirige contra una sentencia definitiva dictada por el tribunal superior de la causa y suscita una cuestión federal suficiente pues controvierte la interpretación que el *a quo* ha dado al derecho de recurrir el fallo condenatorio (previsto en los artículos 18 de la Constitución Nacional, 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) en una decisión que, a su vez, ha sido contraria a la pretensión que el apelante fundó en esas cláusulas. En esa medida, el recurso es formalmente admisible en los términos del artículo 14 de la ley 48.

En este sentido, si bien el apelante reclama la revisión que podría realizar la Corte Suprema en el marco de esta instancia extraordinaria, pienso que, tal como ha quedado planteada, la cuestión consiste en dilucidar si, con arreglo a la garantía constitucional invocada, el recurrente tiene derecho a una revisión amplia de la condena impuesta por el a quo en autos y, en su caso, cuál sería la vía más idónea y adecuada para materializarla. Cabe recordar que cuando se halla en discusión el contenido y alcance de una norma de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del tribunal *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado de acuerdo con la inteligencia que rectamente le otorgue (Fallos: 326:2880; 320:1602; 323:1406 y 1566, entre otros).

-III-

Delimitado así el tema a decidir, pienso que le asiste razón al recurrente, pues observo que la intervención del a quo trascendió de lo que aún podría ser considerado, en lo sustancial, como una simple revisión y posterior confirmación del fallo del tribunal oral, para proyectarse en el dictado de una sentencia completamente distinta. En efecto, sobre la misma plataforma fáctica, pero atendiendo a los agravios de la parte acusadora, el a quo reconstruyó el hecho de un modo diferente y, como consecuencia, le atribuyó una significación jurídica diversa, dando génesis así a una nueva primera sentencia que -a mi juicio- habilita su revisión en los términos del artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sus concordantes.

Es que no es posible perder de vista que si el propósito de la garantía es someter la sentencia condenatoria a la prueba de una doble conformidad judicial como condición para la aplicación de la sanción penal (cf., por todos, Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, I. Fundamentos, § 6, H, ps. 713 y ss.), no cabe duda de que esa prueba se halla ausente respecto de las premisas y razonamientos de una sentencia como la del a quo, en tanto han conducido a una pena mayor y por un delito distinto del establecido en la instancia anterior. Y tampoco es posible soslayar que frente al riesgo de error judicial, que es en definitiva aquello que se quiere conjurar con la exigencia de una doble conformidad, el derecho a la revisión se justifica aun más si, como en el caso, la nueva condena importó modificar la pena originalmente impuesta de tres años de prisión por otra de diez años y ocho meses de la misma especie.

Esta solución, como enseguida se verá, es además también consistente con la jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado sobre la materia, al emitir sentencia en el caso “Barreto Leiva v. Venezuela” (fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C, Nro. 206) y, más recientemente, al condenar al Estado argentino en el caso “Mohamed v. Argentina” (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2012, Serie C, Nro. 255).

Con carácter previo, sin embargo, creo oportuno recordar, una vez más, que por expresa voluntad del constituyente las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son parte del derecho constitucional del Estado argentino “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), es decir, “tal y como rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”, y que ello vale tanto más aun cuando se trata de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida en que el Estado argentino reconoció su competencia para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cf. artículos 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2 de la ley 23.054; Fallos: 318:514; 325:292 y 328:2056, entre otros).

Esto significa, en mi opinión, que, más allá de lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Convención, con el fin de honrar de la manera más profunda los compromisos asumidos internacionalmente por nuestro Estado, los tribunales nacionales deben también hacer el máximo es-

fuerzo por cumplir la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos encargados del control de aquellos instrumentos internacionales que gozan de rango constitucional en el orden jurídico argentino, sin desconocer, por supuesto, en dicha tarea, los principios y reglas supremos del orden jurídico interno y la competencia misma asignada por la Constitución a los tribunales nacionales para decidir los procesos judiciales internos.

Por consiguiente, pienso que tanto la ausencia de consideración de la jurisprudencia de los órganos internacionales, cuanto la falta de enunciación de las razones que pudieran existir para no seguir la doctrina derivada de la jurisprudencia de tales órganos afectan el deber de adecuada fundamentación de la sentencia recurrida. Esta interpretación, por otra parte, está en línea con el principio de buena fe del derecho internacional, el cual exige que un tribunal nacional, al decidir sobre el contenido y alcance de una disposición de la Convención Americana, tenga en cuenta la interpretación dada al mismo precepto por los órganos de protección del sistema interamericano.

-IV-

Precisamente en los casos “Barreto Leiva” y “Mohamed” mencionados, la Corte Interamericana ha avanzado aun más en su interpretación de la cláusula contenida en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En especial, en este último, además de recordar los aspectos de la condena que el tribunal revisor debe analizar cuando evalúa la corrección de una sentencia, la Corte Interamericana enfatizó que el derecho a obtener una revisión amplia del fallo también le asiste a la persona que es declarada culpable y condenada, por primera vez, por un tribunal revisor que conoce en el recurso deducido contra la sentencia absolutoria dictada en primera instancia, y agregó que los Estados parte debían garantizar de un modo eficaz el derecho a exigir que esa revisión tenga lugar, aunque la legislación procesal aplicable no prevea específicamente un recurso ordinario a tal efecto.

Si bien es cierto que la situación de los aquí recurrentes no es idéntica a la del afectado en el caso “Mohamed” -quien fue condenado por primera vez en segunda instancia- también lo es que la interpretación que efectuó el tribunal sobre el contenido y alcance del derecho protegido por esa cláusula convencional trasciende las particularidades del caso concreto y conduce, en mi opinión, en un caso como el presente a la solución que aquí habré de propiciar.

En este sentido, también la Corte Interamericana expresó, como premisa de la que derivó su conclusión y en línea con lo manifestado en este dictamen, que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que queden firmes condenas penales erróneas, y que esta exigencia de doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento, otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y, al mismo tiempo, brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado (cf. párrafos 97 y 98 de la sentencia “Mohamed”, y párrafos 88 y 89 de la sentencia “Barreto Leiva”).

En “Mohamed” la primera condena dictada -la condena del tribunal de apelación- no había sido sometida a ese mecanismo de control. En las presentes actuaciones, en cambio, ha habido una primera condena que fue sometida a un procedimiento de revisión amplio. Pero la condena penal que resultó de ese procedimiento -como consecuencia de los recursos que también los acusadores dedujeron- es tan distinta de la primera e implica un agravamiento tan significativo de la pena, que no es posible describirla ya sustancialmente como una simple revisión del pronunciamiento anterior, sino como una nueva primera condena que, a los efectos de la doble conformidad que busca asegurar la cláusula convencional, se halla en pie de igualdad con la condena dictada por primera vez por el tribunal revisor que conoce en el recurso contra la absolución que revoca.

Es por ello que, como lo adelanté, la respuesta que ha merecido en el presente dictamen esta primera cuestión toma en cuenta la interpretación que del artículo 8.2.h de la Convención Americana ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Mohamed” y “Barreto Leiva”.

-V-

En razón de esa conclusión, queda ahora entonces por resolver cuál sería la vía más idónea y adecuada para concretar, en un caso como el de autos, la revisión amplia que garantizan las cláusulas constitucionales y convencionales relativas al derecho al recurso del condenado. En este punto, considero inadecuado que la Corte Suprema sea la encargada de revisar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Neuquén, atento el alcance que para ese examen exige la doctrina de los precedentes interamericanos antes citados.

Al respecto, creo oportuno recordar que la Constitución Nacional prevé un régimen federal de gobierno según el cual los órganos del Estado nacional sólo poseen las atribuciones que las provincias le han delegado (artículos 1, 5, 121 y 126) y, ciertamente, la atribución de llevar adelante los juicios por delitos ordinarios que tienen lugar en territorio provincial no forma parte de aquéllas (artículos 5, 75, inciso 12, y 116 a 118). La Constitución, por el contrario, “ordena que tales juicios sean locales y que han de terminarse en las respectivas provincias, las cuales [fijan] sus formas y procedimientos, como materia de su propio derecho interno, salvo lo dispuesto en salvaguardia de la Constitución, tratados y leyes nacionales, como ‘ley suprema”” Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina [1853-1860]*, actualizado por Humberto Quiroga Lavié, *La Ley*, Buenos Aires, 2001, pág. 607).

La jurisdicción de la Corte para intervenir en esos casos sólo queda habilitada por apelación extraordinaria contra la sentencia definitiva de los tribunales superiores de provincia. En efecto, al dictar la ley 48 en 1863, con el objetivo, entre otras cosas, de reglamentar su jurisdicción apelada y dar cumplimiento al mandato previsto a este respecto en el actual artículo 117 de la Constitución, el Congreso creó el recurso extraordinario con miras a asegurar el ejercicio del cometido primario del Tribunal, y en virtud del cual fue instituido como titular del Poder Judicial de la Nación: ser el custodio e intérprete final de la Constitución y de las leyes federales dictadas en su consecuencia (Fallos: 308:490, entre muchos otros), siempre que se haya puesto en tela de juicio la inteligencia de alguna de sus cláusulas y la decisión haya sido contraria al derecho que en ellas se funda. Sólo bajo estas circunstancias, entonces, la sentencia definitiva de los tribunales superiores de provincia está sujeta a la revisión de la Corte (Fallos: 1:340; 33:162; 310:1771 y 326:2968, entre tantos otros).

En suma, por disposición constitucional, las provincias tienen la atribución exclusiva de llevar a cabo los juicios por delitos comunes cometidos en sus territorios, lo que implica que esos procesos deben empezar y fenecer en el ámbito provincial. La Corte es el custodio e intérprete final de la Constitución, de modo tal que las normas que reglamentan su competencia apelada sólo la habilitan a intervenir en tales casos en la medida en que se halle en discusión una cuestión federal y la sentencia definitiva del superior tribunal de provincia haya sido contraria al derecho federal invocado.

Según lo aprecio, ese régimen de raíz constitucional impide considerar la posibilidad de que sea la Corte la que deba intervenir en esta causa como tribunal de revisión ordinaria a fin de garantizar el derecho

a recurrir la sentencia de condena. Pues, en efecto, eso importaría aceptar que los juicios por delitos comunes cometidos en territorio provincial pueden no terminar ante sus tribunales, en tanto sería la Corte la que dictaría la sentencia definitiva, incluso sobre aspectos no federales, al actuar como tribunal de revisión ordinaria de la condena pronunciada por la máxima instancia local. De eso, a su vez, se seguiría el reconocimiento de que la facultad de las provincias de decidir sobre la administración de justicia en tales casos no es exclusiva, al ser posible la intromisión del Tribunal para resolver sobre cuestiones de derecho común. Todo esto, por último, importaría no sólo una desnaturalización de su función primordial, sino también una inadmisibles ampliación *ad hoc* de la competencia federal por apelación que le asigna la Constitución.

-VI-

De acuerdo con la doctrina que la Corte Interamericana de Derechos Humanos enunció al dictar sentencia en el caso “Mohamed v. Argentina”, y a la luz de lo expuesto en las secciones precedentes, estimo, en definitiva, que los aquí recurrentes gozan de un derecho a que la condena dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén sea revisada en términos amplios, y que esa revisión no podría estar a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Lo dicho, empero, no significa considerar que la condena dictada en segunda instancia resulte por sí misma lesiva del derecho previsto en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El razonamiento que habré de propiciar, antes bien, implica sencillamente que la causa aún no ha fenecido en la provincia, en la medida en que todavía está pendiente la adjudicación del recurso amplio que los condenados tienen derecho a interponer, en sede local, con arreglo a esa cláusula convencional.

En este sentido, es oportuno recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que la inexistencia de un tribunal jerárquicamente superior al que dicta el fallo condenatorio no constituye un obstáculo para hacer efectiva la revisión amplia a la que tiene derecho el condenado, en la medida en que “lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida” (cf. párrafo 97 de la sentencia “Mohamed”). En esos casos, en efecto, el tribunal interamericano ha señalado que el conocimiento de la impugnación puede incluso estar a cargo del mismo órgano jurisdiccional, “con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso” (cf. párrafo 90 de la sentencia “Barreto Leiva”).

Por otro lado, cabe aclarar que la inexistencia de una vía recursiva local prevista expresamente para el caso no puede significar obstáculo para la solución, toda vez que por imperio de la supremacía constitucional establecida en el artículo 31 de la Constitución Nacional y, en especial, de la cláusula federal estatuida en el artículo 8.2 de la Convención Americana, también los Estados provinciales tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar el pleno ejercicio de los derechos que la Convención reconoce (Fallos: 330:2836 y 332:2033, entre otros), y ello significa que, hasta tanto no se produzca una adaptación legislativa del régimen local de los recursos en materia penal, corresponde en el caso al Superior Tribunal de Justicia adoptar las medidas de carácter no legislativo tendientes a asegurar el ejercicio por parte de los recurrentes del derecho convencional en examen (doctrina de Fallos: 318:514; 328:3399).

-VII-

Por todo lo expuesto, considero que si bien la Corte debería abrir la queja y declarar procedente el recurso extraordinario en lo que se refiere al agravio consistente en la violación al derecho de recurrir la condena, en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no corresponde revocar la decisión del a quo, sino devolver el caso a la justicia provincial para que allí se garantice a los condenados la posibilidad de impugnar esa sentencia, con los alcances indicados en este dictamen. Buenos Aires, 04 de octubre 2013. *Alejandra Magdalena Gils Carbó*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de agosto de 2014.

Vistos los autos: “Duarte, Felicia s/ recurso de casación”.

Considerando:

1º) Que la imputada Felicia Duarte fue llevada ante el Tribunal Oral Federal de Formosa acusada del delito de contrabando de estupeficientes para comercialización en grado de tentativa (artículos 866, 2da. parte y 871 del Código Aduanero).

Una vez realizado el debate oral y público, los jueces decidieron por mayoría absolver de culpa y cargo a la recurrente porque entendieron que no existían pruebas para endilgarle la pertenencia del estupefaciente ni el consecuente intento de burlar el control de aduanas para importar la mercadería prohibida.

2°) Que el fiscal de juicio en su apelación, en términos de un supuesto de errónea valoración de los hechos y la prueba, solicitó que se case la resolución impugnada y se aplique de manera correcta el derecho inculcando a la nombrada Duarte o bien, que se nulifique lo actuado y se reenvíe al tribunal para una nueva sustanciación del proceso en el tramo final (artículos 470 y/o 471 del Código Procesal Penal de la Nación).

Concedido el recurso y habiéndose pronunciado las partes, la Cámara Federal de Casación Penal —por mayoría— casó la absolución y condenó a la imputada a la pena de cuatro años y medio de prisión, accesorias legales y costas por contrabando de estupefacientes con fines de comercialización en grado de tentativa.

3°) Que contra tal decisión la defensa oficial de la imputada interpuso recurso extraordinario federal, en el que concluyó que se advertía una conculcación al derecho de inocencia, culpabilidad, defensa en juicio, debido proceso —en rigor tildó de arbitraria la sentencia— a la vez que planteó de manera clara la imposibilidad de emitir condena por parte de la cámara de casación en razón de violarse el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto la apelación federal no garantizaba la revisión amplia requerida para lograr la absolución pretendida, conforme el criterio del precedente “Giroldi” (Fallos: 318:514), sino que exigía previamente una evaluación a modo de producto más elaborado. En esta misma línea, sumó el criterio que surge del caso “Maqueda” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los recientes requisitos de la acordada 4/2007 y el sentido amplio de examen que se postula en el conocido precedente “Casal”.

Al dictaminar el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal se pronunció por la concesión de la apelación para que se realice una amplia revisión en los términos de “Giroldi” y “Casal” (Fallos: 318:514 y 328:3399, respectivamente).

4°) Que concedido el recurso, elevado a este Tribunal y dispuesta la vista a la Procuración General de la Nación, su titular se pronunció por la apertura del mismo con el expreso pedido de que no se revoque la condena en sintonía con lo propiciado en su contemporáneo dictamen en el caso C.416.XLVIII “Chambla, Nicolás Guillermo y otros s/ homicidio –causa n° 242/2009-”.

En síntesis, para resolver el caso, la señora Procuradora General de la Nación planteó dos interrogantes a despejar. El primero relacionado con la necesidad de una revisión amplia de la primera sentencia condenatoria, mientras que el segundo con la vía más idónea para realizarla, pronunciándose por la afirmativa en el primer caso pues así lo regula el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero, sin embargo, admitió que el recurso federal no era la vía idónea para llevarla a cabo, con lo cual sugirió un reenvío para que sea una sala distinta del mismo tribunal de casación que realice la tarea (cita en abono de su conclusión numerosos casos y fallos; entre los más destacados el 11.618 “Mohamed vs. Argentina” del 23 de noviembre de 2012; Serie C 255 “Barreto Leiva vs. Venezuela” del 17 de noviembre de 2009 Serie C 206 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 11.086 “Maqueda” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y “Ghiroldi” y “Casal” de este Tribunal).

5°) Que el recurso se dirige contra una sentencia definitiva dictada por el superior tribunal de la causa y suscita cuestión federal suficiente, pues se encuentra en tela de juicio el alcance del derecho a recurrir el —primer— fallo condenatorio dictado por el superior tribunal de la causa (artículos 14 de la ley 48, 18 de la Constitución Nacional, 8.2.h. Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y sin perjuicio de la invocación del cercenamiento de otros derechos de igual índole, esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del tribunal apelado, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto en disputa de acuerdo con la inteligencia que rectamente le otorgue (Fallos: 326:2880; 323:1406 y 1566, entre otros).

6°) Que el núcleo de decisión a adoptar pasa por dilucidar si lo que se ha dado en llamar en doctrina “casación positiva” debe ser revisado en forma amplia en los términos del precedente de Fallos: 328:3399

y de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Mohamed vs. Argentina” —Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas— del 23 de noviembre de 2012.

7°) Que desde ese punto de vista, el derecho reconocido que prioriza la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8.2.h. es el doble conforme en resguardo de la inocencia presumida, aún con la primer sentencia adversa, pues la propia Corte Interamericana excepciona la intervención de un tribunal superior —cuando no existe otro en el organigrama de competencias— aunque exige como único requisito que sean magistrados diferentes a los que ya juzgaron el caso los que cumplan con la revisión amplia (cfr. párrafo 90 del caso —de competencia originaria local— “Barreto Leiva vs. Venezuela” Corte Interamericana de Derechos Humanos).

8°) Que en ese orden de ideas, el escaso margen revisor que tiene esta Corte mediante el recurso extraordinario federal, dejaría afuera una cantidad de aspectos esenciales que no podrían ser abordados sin poner en crisis el propio alcance de la excepcional vía de competencia del máximo tribunal constitucional, por el contrario el nuevo examen del caso —primera condena mediante— en la mecánica de funcionamiento de la Cámara de Casación —máxime luego de la adecuación al recurso a partir del citado precedente “Casal”— no haría mella en su cotidianeidad desde lo eminentemente práctico.

Así, el recurso extraordinario federal no cumpliría con la exigencia convencional tal como advierte la propia Corte Interamericana en el párrafo 104 del caso 11.618 “Mohamed vs. Argentina” que dice: “...el recurso extraordinario federal no constituye un medio de impugnación procesal penal sino que se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento procesal argentino. Asimismo, las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como el derecho de naturaleza jurídica no constitucional”.

9°) Que por otro lado, en cuanto a la necesidad de la revisión de la primera sentencia adversa, la Corte Interamericana en el mencionado caso “Mohamed” —párrafo 92— afirma: “Teniendo en cuenta que las

garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención”.

10) Que la concreta afectación a la garantía del doble conforme (artículos 18 de la Constitución Nacional y 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) que impidió la revisión de la condena dictada contra Felisa Duarte mediante un recurso ordinario, accesible y eficaz, impone —conforme los antecedentes y lo puesto de manifiesto en este fallo— que se designe a otra sala de la Cámara Federal de Casación Penal para que actúe como tribunal revisor.

Por ello, oída la señora Procuradora General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario con el alcance antes indicado. Hágase saber y remítase a la Cámara Federal de Casación Penal para que, por intermedio de quien corresponda, se designe una nueva sala de ese tribunal para que de acuerdo con los lineamientos de este fallo proceda a la revisión de la sentencia.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*)— JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyas —en lo pertinente— las consideraciones formuladas en el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario con el alcance allí indicado. Notifíquese y devuélvanse los autos a la Cámara Federal de Casación Penal para que por intermedio de quien corresponda designe la sala de ese tribunal que deberá proceder a la revisión de la sentencia en los términos de la presente.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Felicia Duarte**, representada por el **Dr. Nicolás Ramayón, Defensor Público Oficial ad hoc** ante la **Cámara Federal de Casación Penal**.

Traslado contestado por el **Dr. Javier De Luca, Fiscal General** ante la **Cámara Federal de Casación Penal**.

Tribunal de origen: **Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal de Formosa**.

**IRIGOYEN, JUAN CARLOS HIPÓLITO c/ FUNDACIÓN
WALLENBERG Y OTRO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS**

PUBLICACION PERIODISTICA

Cabe revocar la sentencia que confirmó la condena por daño moral impuesta a una fundación que, según invocara el actor, habría sostenido que su abuelo- ex diplomático- sería responsable de dejar morir en las cámaras de gas a alrededor de 100 judíos argentinos, y rechazar la demanda, pues el material que el a quo ha tomado en consideración para justificar la condena, consiste en material sacado de la página web de la demandada, tratándose en muchos casos de elementos extraídos de distintos medios de comunicación con indicación expresa de la fuente y respeto del formato original, resultando evidente que se omitió aplicar la doctrina “Campillay”, según la cual en determinadas condiciones, la reproducción de los dichos de otro, no trae aparejada responsabilidad civil ni penal, siendo preciso que se haya atribuido el contenido de la información a la fuente pertinente y se haya efectuado, además, una transcripción sustancialmente fiel a lo manifestado por aquélla.

PUBLICACION PERIODISTICA

Cabe revocar la sentencia que confirmó la condena por daño moral imputada a una fundación que, según invocara el actor, habría sostenido que su abuelo -ex diplomático- sería responsable de dejar morir en las cámaras de gas a alrededor de 100 judíos argentinos, y rechazar la demanda, pues la doctrina “Campillay” (Fallos: 308:789) -que el a quo omitió aplicar-, reviste un carácter fuertemente tutelar, dado que permite al que suministra la información desinteresarse de la verdad o falsedad de ella y eximirse de responsabilidad con la sola cita de la fuente, por lo que es justo, a efectos de garantizar un razonable equilibrio entre la libertad de expresión y la protección del honor personal, exigir que el que propale la noticia acredite judicialmente que ha invocado la fuente y que sus dichos coinciden sustancialmente con aquélla.

PUBLICACION PERIODISTICA

El daño moral debe presumirse cuando el vínculo familiar es de primer grado o entre hermanos, pero en los restantes casos debe probarse, no sólo en cuanto al honor, sino incluso -y muchas veces antes que otra consideración-, en cuanto al vínculo afectivo del deudo con el difunto (Voto del juez Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Contra la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil -Sala J- que confirmó la condena por daño moral imputada a la Fundación Internacional Raoul Wallenberg (en adelante, la FIRW o la Fundación), ésta interpuso recurso extraordinario cuyo rechazo da lugar a la presente queja (v. fs. 551/557, 600/607, 610/622 y 639/640 del expediente principal, a cuya foliatura me referiré en lo sucesivo).

-II-

El caso versa sobre la responsabilidad civil asignada a la FIRW por el Sr. Juan Carlos Hipólito Irigoyen. Según entendieron los jue-

ces, la fuente del daño moral invocado son las acusaciones en torno al comportamiento que el fallecido Luis Hernán Irigoyen -abuelo del actor- habría observado como miembro de la legación nacional ante la Alemania del *Tercer Reich*, respecto de la situación de ciudadanos argentinos de origen judío.

En lo sustancial, el fallo de primer grado examinó el desempeño del Sr. Luis H. Irigoyen en el periodo nazi, concluyendo que éste adecuó su proceder a las pautas dadas por la Cancillería. Dio por sentada la existencia de “...una amplia campaña de prensa y en Internet... [atribuyéndole] la muerte de cien judíos argentinos en los campos de concentración...”, y concluyó que la afrenta de adjudicarle “...tan reprochable conducta, sin que cuente con respaldo probatorio alguno... es calumniosa y hiere la intimidad y la reputación del actor” (v. fs. 555 vta., párrafos segundo y tercero del consid. III). Entendió que el ataque al bien jurídicamente protegido “honor” ha quedado claramente establecido, de manera que la indemnización resulta procedente, en base a los arts. 1109 y 1078 del Código Civil, desde que la Fundación no acreditó la veracidad de la imputación ni se retractó de ella.

En su apelación de fs. 571/579 la demandada planteó principalmente ante la Cámara que la sentencia de primera instancia no identifica de dónde surge la acusación de su parte contra Luis H. Irigoyen por la muerte de cien judíos argentinos. La Fundación, dijo, nunca se pronunció en ese sentido, siendo que el único lugar donde se yuxtaponen esa entidad y los cien argentinos llevados a las cámaras de gas, es el artículo firmado por el periodista Raúl Kollmann, quien emplea el modo potencial.

Sostuvo que no existe ninguna campaña dirigida contra Luis H. Irigoyen. En cambio, expresó, se trata de veinticuatro reproducciones documentales provenientes de medios de comunicación o de internet, espaciadas entre los años 2002 y 2005, y concentradas alrededor de tres acontecimientos que dotaron a la información de interés público, a saber: la aparición de un libro de Uki Goñi donde el autor aborda algunos vínculos entre el nacionalsocialismo y la Argentina, la visita del entonces Presidente de la República y su señora esposa a un campo de exterminio, y el retiro de la placa colocada en la sede del Ministerio de Relaciones Exteriores en homenaje a doce diplomáticos, por su solidaridad con las víctimas del régimen nazi (entre ellos, el Sr. Irigoyen).

Adujo que estamos ante una controversia histórica, aún no resuelta, sobre la actitud de nuestra Cancillería y de sus funcionarios frente al holocausto, por donde la FIRW -importante referente en la

materia- contaba con la más amplia libertad de expresión, garantizada por los arts. 14 de la Constitución Nacional y 13 del Pacto de San José de Costa Rica.

Afirmó que el decisorio del Juzgado N° 21 le atribuye haber realizado un operativo referido a un funcionario público, con lo cual -según la doctrina de la real malicia y siguiendo el precedente “Patitó”- la demanda no debe prosperar. En ese marco, concluyó que aun de admitirse la falsedad de las manifestaciones contenidas en los artículos colocados en la página web de la Fundación, era necesario que el actor demostrara que dicha entidad supo o debió conocer la inexactitud.

En lo que aquí interesa, el razonamiento del tribunal superior de la causa se focaliza en tres puntos fáctico-jurídicos. El primero de ellos es que, según el acta notarial acompañada a fs. 466, en la página web de la FIRW figura la mención de que el abuelo del actor se desentendió de la suerte de unos cien judíos argentinos, a quienes Alemania buscaba repatriar a la Argentina y que luego murieron en los campos de exterminio. También se sindicó a Luis Irigoyen como cómplice del asesinato de cien judíos argentinos en el holocausto, y se lo muestra como responsable de dejar morir en la cámara de gas a esas personas.

El segundo eje discursivo consiste en que la Fundación adopta como propios esos comentarios, cuya fuente es irrelevante.

Como último fundamentos dirimente, el a quo afirma que la doctrina de la real malicia no aplica al caso, puesto que la demandada no es un medio periodístico, ni se ha justificado el empleo de algunas de las pautas que inspiraron a la mencionada doctrina.

-III-

En lo central, el recurso extraordinario reprocha que el fallo desconozca la relevancia de la fuente de las noticias recogidas en la página web de la FIRW, sin explicar el por qué de esa proposición, con lo cual -dice- el argumento queda reducido a una mera expresión dogmática.

Ese aserto, replica, tampoco tiene asidero jurídico dado que, desde el ángulo de la doctrina Campillay, la Fundación se ha limitado a reproducir en su sitio *web* algunas publicaciones efectuadas en medios periodísticos, con cita de la fuente.

Recuerda que en el caso “Acuña” (Fallos: 319:2959), V.E. entendió que la línea del precedente “Campillay” tiene por fin establecer un ámbito suficientemente generoso para el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión, de modo que la invocación de una

fuente y la transcripción sustancialmente fiel de la noticia emanada de ella, priva de antijuridicidad a la conducta.

Agrega que, amparado un medio periodístico por la doctrina de la real malicia, como prenda de la libertad de expresión, su sola repetición con cita de la fuente no podría convertirse en un hecho punible. Lo contrario, repone, no sólo viola la garantía ínsita en la doctrina Campillay, sino que representa un absurdo que el derecho no consiente, esto es, que una referencia no punible aparecida en un medio periodístico, deje de serlo cuando es reproducida por una ONG.

Advierte que el criterio denominado “real malicia” protege a aquel que -a través de cualquier vía y observando los requisitos de la doctrina Campillay- propala afirmaciones o suministra información sobre terceros. Asimismo, añade, en autos ni siquiera se trata de aserciones propias o de información originada por la demandada, sino de una simple reproducción de textos publicados en órganos de prensa masivos, con cita de la fuente.

-IV-

La solución del asunto exige determinar la recta inteligencia de las cláusulas federales que amparan a la libertad de palabra, de manera que el caso se ajusta a lo dispuesto por el art. 14, inc. 3°, de la Ley N° 48 (arg. Fallos 331:1530, considerando 3°).

La ahora recurrente propuso a la consideración de los jueces de la causa el problema relativo a la tutela constitucional de la libertad de expresión. Además, el decisorio ingresó en el punto constitucional, en tanto estimó inaplicable el principio de la real malicia, e irrelevante la fuente de la información divulgada. Luego, la intervención de V.E. se encuentra habilitada tanto para examinar las razones por las cuales se negó la protección constitucional a la demandada, como para decidir si la difusión por la que fue condenada merece o no la inmunidad que reconoce el art. 14 de la Constitución Nacional (Fallos: 327:2551, 3024, 3032, 3157 y 5528; 328:242; 330:1572; 331:1530, considerando 4°; y 334:1722, considerando 8°).

En tales condiciones, los argumentos de las partes o del a quo no vinculan a esa Corte, a la que incumbe realizar una declaración sobre el tema en disputa (Fallos: 333:604 y 2396, entre otros).

Al propio tiempo, la apelación esgrime objeciones relativas a la arbitrariedad del pronunciamiento; con lo cual, he de tratar en forma conjunta ambos aspectos, por la estrecha conexidad que guardan entre sí (Fallos: 330:2180, 2206 y 3471).

-V-

Las doctrinas “Campillay” y de la “real malicia” integran la línea jurisprudencial consolidada de ese máximo tribunal de la Nación (v esp. dictámenes emitidos en Fallos 327:789 y 329:1631 [última parte], a los que adhirió V.E., y Fallos: 334:1722, considerando 10).

Esta dirección se profundiza en la sentencia de Fallos: 331:1530 (“Patitó”), referida a una crítica difamatoria apoyada en menciones asertivas.

En esa oportunidad (y, más tarde, en los pronunciamientos de Fallos: 332:2559 [“Brugo”], y 334:1722 [“Melo”]), se reforzaron los parámetros de los que ha de valerse el intérprete en situaciones donde confrontan la libertad de expresión, información y prensa, con el derecho a la honra y la reputación (v. asimismo Fallos: 310:508, “Costa”; Fallos: 319:3428, “Ramos”; S.C. Q. N° 18, L. XLIV, “Quantín, Norberto Julio c/Benedetti, Jorge Enrique y otros s/derechos personalísimos”; S.C. D. N° 285, L. XLIII, “De Reyes Balboa, Manuel c/Editorial Río Negro S.A. s/daños y perjuicios” -sentencias ambas del 30 de octubre de 2012-; y S.C. M. N° 2674, L. XLI, “Moslares, José Luis c/Diario La Arena y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 26 de marzo de 2013).

De dichos precedentes se extraen varios estándares constitucionales. El primero de ellos, es que -como regla- no hay afectación del honor cuando se publican meras opiniones o juicios de valor, que carecen de un contenido informativo sobre hechos o circunstancias, más allá del conocimiento que aquellos brindan sobre las ideas propias del autor.

En cambio, tratándose de afirmaciones de hecho, según la doctrina “Campillay”, la difusión de información difamatoria no apareja el deber de reparar siempre que: (a) se omita revelar la identidad de los sujetos presuntamente implicados; o (b) se utilice un tiempo de verbo potencial; o (c) se propale el dato atribuyéndolo directamente a una fuente identificable, con transcripción idéntica o sustancialmente fiel de lo expresado por ella.

Descartada la concurrencia de dichos presupuestos, deberá revizarse el asunto en función del llamado principio de la “real malicia”, teniendo en cuenta que el primer factor que abre paso a su aplicación es la condición del sujeto pasivo (funcionario público, figura pública o un particular que hubiera intervenido en situaciones de ese carácter). En este marco, el deber de indemnizar por una información falsa, errónea o cuya veracidad no pudo probarse, concerniente -en lo que nos interesa-al ejercicio de una función pública, opera cuando aquella se difunde a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación,

mientas que la responsabilidad por la propalación de una noticia desacreditadora respecto de un particular, sólo requiere la “negligencia precipitada” o “simple culpa”.

El tipo de protección que este último modelo reconoce a la libertad de expresión, no es la prueba de la verdad, pues el canon de la real malicia no opera en función de la certeza o inexactitud objetiva de las expresiones.

Entonces, en la medida en que la jurisprudencia de esa Corte ha incorporado el estándar de la real malicia y no el *test* de la verdad, los jueces deben limitarse a constatar si la parte actora demostró o no que el autor sabía o debía saber -obrando sin notoria despreocupación- que la especie podía ser falsa. En ese orden, la conciencia de la impostura o la indiferencia negligente no se presumen, encontrándose la carga probatoria en cabeza de la parte actora.

La índole desprestigianete de los dichos -aún reconocida por el emisor-no genera per se derecho a ser indemnizado. A la inversa, podrían tener aptitud para originar un resarcimiento otras afectaciones de lo que genéricamente se denomina “honor”, tales como las derivadas de expresiones ofensivas que pueden caer en la categoría de “insulto” (cf. esp. Fallos: 321:2558, “Amarilla” [voto de los Dres. Petracchi y Bossert]; Fallos: 321:2637, “Cancela”; y S.C. M. N° 2674, L. XLI, “Moslares, José Luis c/Diario La Arena y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 26 de marzo de 2013 [considerandos 14 y 15]).

El análisis debe necesariamente encauzarse por los carriles hasta aquí enunciados, ya que al eludir dichos lineamientos interpretativos se restringe inaceptablemente el espacio que es necesario para el desarrollo de un amplio y robusto debate público sobre temas de interés general, garantizado por el art. 14 de la Constitución Nacional.

-VI-

Por otro lado, en el caso “Pandolfi” (Fallos: 320:1272), esa Corte desechó la disquisición en torno a la calidad de periodista o no de quien haya hecho declaraciones tenidas por ofensivas. “Esto [dijo V.E. con referencia a la aplicabilidad del estándar de la “real malicia”] resulta evidente, si se advierte que lo esencial para evaluar el grado de tutela constitucional en materia de libertad de expresión a la luz de la reseñada doctrina, radica en precisar las condiciones que rodean a quien es objeto de la noticia y no al sujeto que la propala...” (v. consid. 11).

Más recientemente (Fallos: 333:2079 [caso “Dahlgren”], V.E. apuntó que el modelo interpretativo denominado real malicia, especifica las

condiciones en las cuales nuestro derecho constitucional de expresarse libremente es ejercido de conformidad con la Constitución Nacional y, por tanto, dentro de qué marco actúa como causa de justificación. En el plano subjetivo, esa Corte volvió a subordinar su operatividad a la calidad del destinatario y no a la del emisor, empleando dicha doctrina federal para eximir de responsabilidad no ya a un periodista, sino a la autora de una carta de lectores (v. esp. consid. 5° y 7°).

Es que la inmunidad de desplegar las propias ideas por la prensa no tiene como objetivo la custodia de un determinado sector o actividad sino que apunta al respaldo y fortalecimiento del sistema democrático. Como se destacó en el precedente “Patitó” con cita de Joaquín V. González (“Manual de la Constitución Argentina”, n° 158, pág. 167, Buenos Aires, 1897), la principal importancia de la libertad de prensa, desde un punto de vista constitucional “está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública, y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir o evitar errores o desastres; y también para someter a los que pretenden posiciones públicas a la misma crítica con los mismos fines...” (cf. asimismo Preámbulo de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada en octubre de 2000 [108° período ordinario de sesiones] por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [OEA/Ser.L/V/11.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 octubre 2002, esp. parágrafos 267 a 270 y notas 647 a 649]; e Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión, también de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [esp. su Introducción y su Vol. III, Cap. II, “La libertad de expresión en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, acápite B.1.- y B.3.-]).

-VII-

De tal suerte, en el contexto de asuntos que implican críticas difamatorias en el orden de la función pública -descartados los supuestos de opinión pura o de insultos en sentido estricto-, el examen no debe focalizarse en el vehículo por el cual se divulga la información, ni en la categoría profesional del difusor. Tampoco en que la referencia descalificadora sea o no verdadera, puesto que el juicio de reproche no opera propiamente en razón de la falsedad de la especie, sino a partir de la postura del sujeto activo al emitir las manifestaciones agravian-

tes (“real malicia”). En todo caso, la falta de correspondencia histórica pierde virtualidad si la modalidad de propagación se atiene a las pautas ya reseñadas en el punto V, párrafo quinto (“Campillay”).

A esa luz, observo que la condena impuesta a la Fundación se basa en un solo hecho dañoso, consistente en la presencia en su página *web* de los textos individualizados a fs. 603 último párrafo; encuadre fáctico que llega firme a esta instancia y al que, por ende, debemos ceñirnos. En ese sentido, la lectura del considerando 3.3. de la sentencia, permite inferir que el fundamento dirimente del fallo es que la demandada haya hecho suyas -al colocarlas en su sitio *web*- las graves menciones contenidas en aquellas piezas, cuyas fuentes tuvo por inconducentes.

A ese respecto, puede verse sin dificultad que los registros obrantes a fs. 472/474, 476/478, 480/481, 483 y 488/490 fueron extraídos de diferentes medios de divulgación (Clarín.com, Buenos Aires Herald, Infobae, Herald.com, U24, La Voz del Interior *on line* y Página 12). Asimismo, se reprodujeron con exactitud -según su formato original- y con indicación explícita de la fuente, circunstancias que confieren virtualidad en autos a la doctrina “Campillay” explicada precedentemente.

Por otro lado, si alguna de las expresiones allí referidas pudiese adjudicarse directamente a la FIRW -como efectivamente ocurre con la de fs. 475, donde es la Fundación la que tilda al Sr. Luis Irigoyen de “cómplice del asesinato de cien judíos argentinos en el Holocausto” e invita a sumar adhesiones para el retiro definitivo de la placa homenaje mencionada más arriba-, el intérprete debe examinar si ellas corresponden al plano de las meras opiniones o de la imputación de hechos y, en este último supuesto, encuadrar su análisis en los términos de la doctrina de la real malicia.

Desde esta perspectiva, cabe precisar ante todo que el propio actor admite expresamente que su ascendiente -Segundo Secretario de la Embajada argentina en la Alemania del *Tercer Reich*- fue un “hombre público”, que “la actuación de su abuelo se inserta en un marco de debate abierto respecto de la posición de nuestro país durante el Holocausto”, y que se trata de un “tema de tanta relevancia histórica” en el cual “todos los días aparecen enfoques nuevos” (v. fs. 113, primer párrafo; y fs. 301/304, respuestas a las posiciones octava, décima y decimosegunda).

A su turno, la sentencia apelada se hizo cargo del informe del comité de esclarecimiento conformado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, poniendo de relieve que allí se “... indica como controversial la actuación de los diplomáticos argentinos durante el nazismo”, y cata-

logando a dicha polémica como “apasionado debate” (v. fs. 450/461, fs. 602 -segundo párrafo del considerando 3.2.-, y fs. 603, segundo párrafo).

Precisamente, esa junta concluyó que con los elementos reunidos en la pesquisa que le encomendó la Resolución Ministerial N° 2332/2004 “... no puede pronunciarse de forma definitiva respecto a los hechos investigados y que cualquier decisión que pudiera adoptarse en este estado no contaría con la base fáctica necesaria para justificarla” (*sic*; fs. 460 punto I; v. también fs. 356/357, resp. a la pregunta 16a.).

Asimismo, no está discutido que en las dos últimas décadas se crearon tres comisiones en el ámbito de la Cancillería, con el objeto de estudiar el desempeño de la diplomacia argentina en los años del régimen hitleriano (v. esp. fs. 118 vta., primer párrafo, y fs. 547/548).

De estos datos se derivan dos conclusiones conducentes. La primera de ellas es que las manifestaciones de índole difamatoria se volcaron en torno a una figura pública, en el contexto de una controversia cuya trascendencia ha dado lugar a la creación de tres comités ministeriales ad hoc. El carácter público del interés implicado y de la condición de Luis H. Irigoyen resulta, pues, un antecedente innegable.

La segunda inferencia es que la trama histórica en la que se desenvolvió el nombrado diplomático no ha terminado de dilucidarse, aspecto éste ciertamente relevante en la determinación del factor subjetivo que exige la doctrina de la real malicia.

En ese contexto y conforme a los criterios reseñados en el punto V, si calificásemos a las expresiones que se juzgan en autos como meras opiniones, ellas no pueden dar lugar a un resarcimiento, aunque estén concebidas en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros o irritantes, o impliquen -parafraseando al fallo “New York Times Co. v. Sullivan” (376 U.S. 254 [1964])-, en cuya línea de pensamiento se ha apoyado históricamente V.E.-, ataques desagradablemente filosos.

Tampoco procedería la reparación pecuniaria que se demanda si esas manifestaciones se reputaran como atribución de hechos descalificadores. Es que en el caso se ha propalado información, cuya veracidad no está acreditada y que versa sobre la conducta de un funcionario público en el ejercicio de su ministerio, sin que el afectado -sobre quien pesaba la carga probatoria- haya logrado demostrar que la contraria supo que estaba transmitiendo datos falsos u obró con notoria despreocupación por la verdad. Antes bien, como acabo de señalar, en la causa se estableció que estamos ante una temática controversial e inconclusa -definida así por una comisión de expertos

de la propia Cancillería-, de manera que nada autoriza a sostener que, al colocar en su página web las declaraciones cuestionadas, la FIRW haya obrado con una marcada indiferencia por la autenticidad de lo afirmado, en el sentido de la doctrina de la real malicia, máxime frente a las finalidades que alientan a esa entidad, conforme surge de fs. 268, 270, 275 cap. VI y 467.

Finalmente, entiendo que el supuesto excepcional de los enunciadados insultantes no se da en la especie, sin que quepa formular mayores consideraciones al respecto, puesto que tanto el propio accionante como los jueces de la causa han sustraído a la afrenta de este terreno, situándola en el estricto plano de la difamación.

-VIII-

Aun cuando el asunto presenta las aristas subrayadas precedentemente, la Sala descartó dogmáticamente la cuestión referida a la fuente. Omitió, en efecto, una explicación sobre el punto, que era particularmente necesaria en tanto los textos objeto de reproche provenían mayoritariamente de terceros cuya ajenidad se invocó y no fue desvirtuada en el proceso.

Paralelamente, apartándose de la doctrina que trasciende especialmente de los precedentes “Pandolfi” y “Dahlgren”, el decisorio consagró apodícticamente un tratamiento diferencial entre la prensa y otros eventuales actores, en punto al ejercicio de la libertad de palabra. Por ende, rehusó considerar la doctrina federal antes expuesta, con las profundas proyecciones que esa disparidad conlleva a nivel institucional.

A partir de aquellas dos proposiciones (irrelevancia de la fuente y emisor no periodista), la sentencia terminó por acotar la solución del problema al plano del derecho común, prescindiendo de las directivas de hermenéutica constitucional pertinentes. De tal manera, atento a que no puede atribuirse responsabilidad a la recurrente, al así hacerlo los jueces han dado una respuesta alejada tanto de los antecedentes fácticos de la causa como de la recta exégesis federal.

-IX-

En definitiva, opino que V.E. debe declarar procedente la queja, hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto, y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 1° de agosto de 2013. *M. Alejandra Cordone Rosello.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de agosto de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Irigoyen, Juan Carlos Hipólito c/ Fundación Wallenberg y otro s/ daños y perjuicios”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el actor, Juan Carlos Hipólito Irigoyen, promovió demanda por cobro de daños y perjuicios contra “*The International Raoul Wallenberg Foundation*”, fundado en que dicha institución habría sostenido que su abuelo, Luis Hernán Irigoyen (ex diplomático acreditado ante la embajada argentina en Berlín, durante la época nazi), sería “*responsable de dejar morir en las cámaras de gas a alrededor de 100 judíos argentinos*” (fs. 113 del expte. principal, el citado de aquí en adelante).

La sentencia de primera instancia acogió el reclamo y condenó a la demandada a pagar al actor la suma de \$ 50.000, en concepto de daño moral (fs. 551/557), decisión que fue confirmada por la Sala “J” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (fs. 600/607). Contra este fallo, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 610/622, que, denegado por el a quo a fs. 639/640, motivó la presente queja.

2º) Que corresponde que esta Corte entienda en las materias federales implicadas en autos pues está en juego la inteligencia de doctrinas constitucionales relativas a la libertad de expresión y la decisión apelada ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en aquéllas.

3º) Que el Tribunal no considerará el tema concerniente a la legitimación activa del actor, pues la cámara aclaró que el cuestionamiento de aquélla solo había sido introducido, tardíamente, en la expresión de agravios y, por lo tanto, el a quo no debía pronunciarse “*por el valladar impuesto por el art. 277 del rito*” (fs. 605 vta.). La apelante manifestó, por su parte, que “*no opuso en modo alguno una defensa ‘sine actione agit’, por una razón elemental consistente en que nunca rehuyó el debate franco y abierto acerca de lo que constituye la materia del presente litigio*” (fs. 619 vta.).

4°) Que lo discutido en autos son las manifestaciones que la Fundación Raoul Wallenberg ha podido hacer en torno a la actuación del abuelo del actor cuando aquél se desempeñó como Agregado en la Embajada de la República Argentina ante la Alemania del Tercer Reich.

En palabras de una Comisión que actuó en el ámbito del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de nuestro país, *“es materia de controversia la actitud de Luis H. Irigoyen en relación a las objeciones planteadas por el diplomático respecto a la repatriación de judíos argentinos que vivían en la Francia de Vichy, en territorio no ocupado, así como en relación al no reconocimiento de 16 pasaportes falsos o ‘pasaportes de cortesía’ presentados por la Oficina Principal de Seguridad del Reich pertenecientes a personas que fueron transportadas de Varsovia al campo de concentración de Bergen-Belsen”* (fs. 451).

Debe señalarse que la citada Comisión concluyó que *“no puede pronunciarse en forma definitiva respecto a los hechos investigados y que cualquier decisión que pudiera adoptarse en este estado no contaría con la base fáctica necesaria para justificarla”* (fs. 460).

5°) Que el material que el a quo ha tomado en consideración para justificar la condena a la demandada obra a fs. 467/493 y consiste en material sacado de la página web de la Fundación Wallenberg (conf. fs. 466/466 vta. y 603, punto 3.3 de la sentencia de la cámara).

Se advierte, sin dificultad alguna, que en muchos casos se trata de material extraído de distintos medios de comunicación, con indicación expresa de la fuente y respeto del formato original. Así, por ej., fs. 472/473 (“Clarín”); fs. 474 (“Buenos Aires Herald”); fs. 476 (“Infobae”); fs. 477 (“Clarín”); fs. 478 (“Miami Herald”); fs. 479 (“Infobae”); fs. 480 (“Clarín”); fs. 481 (“Infobae”); fs. 482 (“Associated Press”); fs. 484 (“La Nación”); fs. 485 (“Página 12”); fs. 488 (“La Voz del Interior”); fs. 489 (“Página 12”); fs. 490 (“Buenos Aires Herald”); fs. 492 (“Forward”).

En algunos casos las notas están firmadas y en otros no.

6°) Que resulta evidente que el a quo ha dejado de aplicar la doctrina *“Campillay”*, que el Tribunal ha explicitado en numerosos precedentes. Así, por ejemplo, en el caso *“Dahlgren Jorge Eric c/ Edi-*

torial Chaco SA y otro”, sentencia del 09/11/2010 (Fallos 333:2079), se expresó que la Corte Suprema ha desarrollado una doctrina según la cual, en determinadas condiciones, la reproducción de los dichos de otro, no trae aparejada responsabilidad civil ni penal. Es preciso que se haya atribuido el contenido de la información a la fuente pertinente y se haya efectuado, además, una transcripción sustancialmente fiel a lo manifestado por aquélla.

Ha dicho la Corte que esa doctrina posibilita que se transparente el origen de las informaciones y permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado. También los propios aludidos resultan beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos —si a ellos se creyeran con derecho— podrán ser dirigidos contra aquellos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que solo fueron sus canales de difusión (Fallos: 316:2394, considerando 6°; 316:2416, considerando 10 e igual considerando del voto concurrente).

También la Corte ha resaltado el carácter fuertemente tutelar de esta doctrina, según la cual se permite al que suministra una información desinteresarse de la verdad o falsedad de ella y eximirse de responsabilidad con la sola cita de la fuente. Parece justo, entonces, a efectos de garantizar un razonable equilibrio entre la libertad de expresión y la protección del honor personal, exigir que el que propale la noticia acredite judicialmente que ha invocado la fuente y que sus dichos coinciden sustancialmente con aquélla (Fallos: 319:3428, considerando 8°).

El Tribunal ha aclarado, asimismo, que la doctrina no puede ser considerada de naturaleza civil o penal: ella debe ser aplicada a cualquier tipo de proceso pues está destinada a establecer un ámbito lo suficientemente generoso para el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión. La invocación de una fuente y la transcripción sustancialmente fiel de la noticia emanada de ella priva de antijuridicidad a la conducta, razón por la cual el principio juega tanto en el ámbito de la responsabilidad civil como en el penal (Fallos: 319:2959, considerando 10).

Uno de los fundamentos principales de la doctrina radica en que, en temas de relevancia pública parece prioritario que todas las voces sean escuchadas, para que se acreciente y robustezca el debate propio

de un sistema democrático. Si el informador pudiera ser responsabilizado por el mero hecho de la reproducción del decir ajeno —supuestamente lesivo de terceros— es claro que se convertiría en un temeroso filtrador y sopesador de la información, más que su canal desinhibido. Ello restringiría la información recibida por la gente y, al mismo tiempo, emplazaría al que informa en un impropio papel de censor (fallo “*Dalhgren*”, considerando 8°).

Ya se dijo en “*Ramos*” (Fallos: 319:3428, considerando 8°), con referencia a la doctrina que reseñamos supra, que “...permite al que suministra una información desinteresarse de la verdad o falsedad de ella y eximirse de responsabilidad civil con la sola cita de la fuente (fallo “*Dalhgren*”, considerando 9°).

El a quo prescindió totalmente de lo expuesto supra.

7°) Que existe, además, algún material que, a diferencia del detallado en el considerando 5°, no consiste en la reproducción de afirmaciones de terceros sino que debe atribuirse directamente a la demandada, como, por ejemplo, el texto de fs. 475. Allí se da cuenta de que el ministro de relaciones exteriores Rafael Bielsa dispuso el retiro de una placa colocada en el ministerio en la que se rendía homenaje a diplomáticos argentinos solidarios con las víctimas del nazismo. Esa placa contenía, entre otros, el nombre de Luis H. Irigoyen, a quien el texto de la Fundación Wallenberg califica de “*cómplice del asesinato de cien judíos argentinos en el Holocausto*” (loc. cit.).

8°) Que la expresión transcrita es una de aquellas en la que no priman las afirmaciones de hechos sino, más bien, prevalecen las ideas, las opiniones, los juicios críticos o de valor y, por qué no, las conjeturas y las hipótesis, de acuerdo a la distinción —entre uno y otro tipo de expresión— que esta Corte acepta (conf. sentencia in re “*Quantin, Norberto Julio*” Fallos: 335:2150).

En el ámbito de los “juicios de valor” lo único prohibido es caer en el “insulto” o en la “vejación gratuita o injustificada” (fallo “*Quantin*”, citado, considerandos 12 a 14). Debe, en todo caso, superarse un estrecho literalismo, al momento de juzgar las expresiones emitidas (loc. cit.).

9°) Que haber considerado a Luis H. Irigoyen “cómplice” o “responsable” de la desaparición de judíos argentinos, en la Alemania del nazismo, es una durísima descalificación que se relaciona con la actuación que le cupo en aquellos años, en el marco de lo señalado por la ya citada comisión ministerial (ver considerando 4°, supra). Con todo, no puede ser considerado un insulto gratuito sino, por el contrario, un cuestionamiento ríspido, de un tipo no inusual en las disputas históricas.

Resulta aplicable, *mutatis mutandis*, lo que dijo la Suprema Corte de los Estados Unidos cuando resolvió, en “*Letters Carriers vs. Austin*” 418 U.S. 264 (1974), que la acusación de “traidores” que se había formulado a los demandantes no generaba responsabilidad pues solo implicaba una hipérbole. En efecto, era claro que ninguno de los lectores del periódico —en el que se detallaban acciones de los actores reprobables y destructivas para el tejido social— podría haber entendido que aquellos habían cometido el delito de traición, en sentido estricto.

Lo mismo puede decirse de la invocada “*complicidad*” del abuelo del actor, con los crímenes de la época del nazismo. Las armas utilizadas en una polémica no deben ser leídas en clave de tipología jurídica. Se incurriría en una lamentable confusión de ámbitos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no solo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población” (ver “*Kimel Eduardo G. c/ República Argentina*”, 2-5-2008, párrafo 88).

Por lo expuesto, las mentadas expresiones —sobre cuya justicia o injusticia no deben pronunciarse los tribunales— tienen tutela constitucional, a la luz de las doctrinas sobre libertad de expresión a las que esta Corte adhiere.

Este análisis no fue hecho por el a quo en su fallo, lo que también conduce a su descalificación.

Por, ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada, rechazándose la demanda (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Costas de todas las instancias en el orden causado, en atención a la naturaleza de la cuestión planteada (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito efectuado. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que, la cuestión planteada ha sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones esta Corte remite por razones de brevedad.

2º) Que, sin perjuicio de la limitación de la materia que procesalmente corresponde decidir al Tribunal -y dado que no ha dejado de ser mencionada en la instancia previa-, la cuestión de la existencia misma del daño moral en el presente caso, no merece ser totalmente ignorada en esta instancia.

La referencia a la familia en la protección al honor impuesta por la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace reparable la injerencia en ésta y no cualquier ofensa a un familiar sin limitación alguna de tiempo o parentesco. Es obvio que el daño moral debe sufrirlo la persona reclamante y, por ende, la ofensa al difunto debe representar una lesión hacia su propio honor o bien, lo que no puede desconocerse, a un sentimiento o afecto particular hacia éste, que es digno de protección.

Tratándose de parentesco de primer grado o de hermanos, cabe presumir al menos el sentimiento de afecto por parte del deudo, que sería lesionado por cualquier falsa imputación deshonrosa. Pero cuando se trata

de grados más lejanos de parentesco, esta lesión debería ser probada en función de razones que deben ser materia de prueba, como la de haber convivido con el difunto, haberlo tratado y conservar un sentimiento especial de respeto o haberlo asumido como ejemplo formativo, haber sido criado por el difunto, o cualquier otra circunstancia semejante.

La mera invocación de honor de la familia, en casos de parentesco más lejano que el de primer grado o de hermanos, no puede ser suficiente para acreditar el daño moral del deudo, porque de lo contrario nos hallaríamos frente a un verdadero desplazamiento de los ámbitos naturales de discusión: el revisionismo histórico pasaría a ser materia judicial, con la consiguiente limitación a la libertad de investigación histórica.

Es posible que el demandante haya sufrido un daño moral en el caso, pero no cabe tenerlo por probado con la sola invocación de su grado de parentesco. La prueba del vínculo, fuera de los casos en que la proximidad permite presumirlo, no puede ser suficiente prueba del daño moral en una República. Diferente sería la solución en una monarquía o cuando se conserven y reconozcan títulos familiares, pues en estos supuestos se lesiona el derecho al honor del título que el pariente ostenta, cualquiera sea el grado de parentesco. No basta, pues, invocar disposiciones del derecho civil que muchas veces no han tomado en cuenta esta diferencia, en razón de la fuente originaria de los textos.

En síntesis: el daño moral debe presumirse cuando el vínculo familiar es de primer grado o entre hermanos, pero en los restantes casos debe probarse, no solo en cuanto al honor, sino incluso -y muchas veces antes que otra consideración- en cuanto al vínculo afectivo del deudo con el difunto.

En este correcto entendimiento se dimensionaría adecuadamente la disposición constitucional en forma compatible con el principio republicano de gobierno y con la protección a la libertad de investigación histórica.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Costas por su orden por la naturaleza de la cuestión planteada (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento, con arreglo a lo aquí resuelto. Reintégrese el depósito. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de queja interpuesto por la **Fundación Wallenberg**, representada por el Dr. **Carlos Raúl Sánchez**, con el patrocinio de los Dres. **Gustavo A. Bossert**, **Israel Imar** y **Paúl Warszawski**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Civil n° 21.**

CTI CIA. TELEFONICA INTERIORES SA (TF 19.403-A)
ACUM 19417-A c/ DGA

IMPORTACION

Corresponde revocar la sentencia en cuanto formuló cargo en concepto de tributos adeudados por diversas operaciones documentadas al amparo del régimen de envíos escalonados ya que la obligación de las empresas consistía en importar unidades clasificatorias completas, sin que ello implique que debían importarse la totalidad de las unidades clasificatorias autorizadas, por lo que no puede sostenerse válidamente que las actoras han infringido el régimen de envíos escalonados por el hecho de haber importado un número menor de estaciones de radio base de telefonía celular que el que había sido autorizado, en tanto cada una de las unidades clasificatorias han sido ingresadas en forma completa y la totalidad de ellas resultaban comprendidas en la posición arancelaria.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de agosto de 2014.

Vistos los autos: “CTI Cía. Telefonía Interiores SA (TF 19.403-A) Acum. 19417 c/ Dirección General de Aduanas”.

Considerando:

1°) Que el Tribunal Fiscal de la Nación —mediante la sentencia de fs. 298/302 vta.— revocó la resolución DEPLA n° 671/04, dictada por el Departamento de Procedimientos Legales Aduaneros de la Aduana de Buenos Aires, en cuanto condenó a CTI Compañía de Teléfonos del Interior S.A. —hoy AMX Argentina S.A.— al pago de una multa en los términos del art. 965, inc. b, del Código Aduanero, y, en cambio, la confirmó en cuanto formuló cargo por la suma de \$ 1.105.804,50 en concepto de tributos adeudados por diversas operaciones documentadas al amparo del régimen de envíos escalonados, autorizadas por las disposiciones n° 86/95 (DTNCA) y 87/95 (DTNCA).

2°) Que en lo atinente a la determinación tributaria —confirmada en el referido pronunciamiento— el mencionado tribunal a quo puso de relieve, en primer lugar, que no estaba controvertida la existencia de un faltante de 37 y 47 estaciones RBS, correspondientes a las disposiciones 86/95 y 87/95 respectivamente. Tras puntualizar las circunstancias en que se fundaba la exigencia de diferencias de derechos por parte del organismo aduanero, citó la doctrina de esta Corte, referente a que en las determinaciones tributarias rigen reglas distintas sobre la carga de la prueba con relación a las que se aplican en los demás juicios y que cuando las declaraciones de los contribuyentes no se hallan respaldadas por pruebas categóricas, las estimaciones de oficio o liquidaciones efectuadas por el Fisco gozan de legitimidad; e incumbe a quien las impugna la demostración de los hechos. Asimismo destacó que, en su concepto, los centros de conmutación y las estaciones combinadas de telefonía celular y centro de comunicación móvil —sobre los que se calcula la diferencia de derechos entre el 2% de la posición arancelaria 8525.2021 y el 30% de la posición arancelaria 8525.20.29— estaban vinculados a las radio base para la red de telefonía celular, pues fueron autorizados a ser importados “conjuntamente” con estas “radio base” mediante el régimen de envíos escalonados; es decir computándolos como partes de un todo. Sobre esa base, aseveró que la actora no había demostrado la relación entre centros de conmutación y estaciones combinadas de telefonía celular y centro de conmutación móvil necesarios por cada radio base.

3°) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó, por mayoría, la sentencia del Tribunal Fiscal en cuanto fue materia de recurso por la

actora; es decir, en cuanto mantuvo la exigencia del pago de tributos formulada por la Aduana.

Para decidir en el sentido indicado, la alzada consideró que se encuentra probado que existe una diferencia entre lo que se pagó por arancel mediante el régimen de envíos escalonados y lo resultante del incumplimiento de ese régimen. En síntesis, juzgó que ante tal incumplimiento, la importación quedó comprendida “dentro de las posiciones arancelarias correspondientes” (fs. 394 vta.).

4° Que contra esa sentencia, la actora interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 402/404 vta.), que fue concedido a fs. 406/406 vta., y que resulta formalmente admisible en tanto se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en que la Nación es parte, y el valor disputado en último término —la diferencia de tributos liquidada por la Aduana— sin sus accesorios, supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6°, ap. a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución 1360/91 de esta Corte. El memorial de agravios obra a fs. 415/433 y su contestación por el organismo aduanero a fs. 436/440 vta.

5° Que, en forma preliminar, cabe señalar que la cuestión relativa a la multa que impuso el organismo aduanero en los términos del art. 965 inc. b del Código Aduanero fue resuelta a favor de la actora en las anteriores instancias y tal decisión quedó firme pues no fue objeto de recurso por el organismo aduanero. Por lo tanto, la cuestión a decidir por esta Corte queda limitada a la controversia respecto del cargo por diferencias de tributos.

6° Que la resolución de la entonces denominada Administración Nacional de Aduanas (ANA) n° 45/93 define a la operación de envíos escalonados como aquella que “permite la importación o exportación de mercaderías que reuniendo el requisito primordial de constituir una unidad clasificatoria, requieren ser presentadas ante la Aduana desarmadas o sin montar, en virtud de la Regla General 2 a) para la interpretación del Sistema Armonizado en sucesivos envíos en razón de su gran volumen, complejidad, cronograma de montaje, distintos orígenes u otras razones” (Anexo I, punto 1 de la citada resolución).

7° Que en el marco del mencionado régimen de envíos escalonados, CTI Compañía de Teléfonos del Interior SA y CTI Norte Compañía de Teléfonos del Interior SA fueron facultadas, por las disposiciones

86/95 y 87/95, a importar una serie de equipos —en el caso, 149 estaciones radio base de telefonía celular, indistintamente denominadas “Smart RBS” o “RMTSO + CELL”, 18 centros de conmutación móvil para estaciones radio base de telefonía celular (MSC o MTSO) y 12 estaciones combinadas de telefonía celular y centro de conmutación móvil (RMTSO+CELL+MSC)— destinados a mejorar la red de servicios de telefonía celular de las mencionadas empresas en el interior del país, bajo la estructura arancelaria de la sub partida 8525.20 del Sistema Armonizado, de los cuales solo fueron importadas 65 estaciones radio base de telefonía celular “Smart RBS” o “RMTSO+CELL”, 18 centros de conmutación móvil para estaciones radio base de telefonía celular (MSC o MTSO) y 12 estaciones combinadas de telefonía celular y centro de conmutación móvil (RMTSO+CELL+MSC).

8°) Que el servicio aduanero considera que la actora no cumplió con la importación de la totalidad de la mercadería afectada al beneficio arancelario establecido por la resolución (ANA) 45/93, pues, en su concepto, las empresas debían importar las 179 unidades que habían sido autorizadas, en el entendimiento de que ellas formaban una única unidad clasificatoria denominada “red de telefonía celular”, a la que correspondía asignar la posición arancelaria 8525.20.21, y que no llegó a conformarse por no haberse importado —como se señaló— la totalidad de la mercadería autorizada por las disposiciones 86/95 y 87/95.

9°) Que la actora no controvierte que no importó 84 estaciones radio base de telefonía celular “Smart RBS” o “RMTSO+CELL”, cuya importación había sido autorizada en los términos señalados. Sostiene, en cambio, que ella había sido autorizada a importar una serie de componentes necesarios para el armado de hasta 179 unidades de la posición arancelaria NCM 8525.20.21, correspondiente a: “Para estación base”. La mencionada posición pertenece a la partida 8525, cuya glosa indica “Aparatos emisores con aparato receptor incorporado” y dentro de ella a la apertura regional 8525.20.2, bajo el rótulo: “De telefonía celular”.

10) Que, en efecto, la posición arancelaria NCM 8525.20.21 comprende a los aparatos emisores con aparato receptor incorporado de telefonía para estación base, concepto que no es equiparable a la “red de telefonía celular” —como lo pretende el organismo aduanero—, en razón de que la red no constituye una unidad clasificatoria en sí misma pues se compone por la unión de las unidades clasificatorias que fueron autorizadas a ser importadas por las citadas disposiciones 86/95

y 87/95, tal como se afirma en la nota 28/05 (DV CLAR) del 7 de enero de 2005 del Departamento Técnica de Nomenclatura y Clasificación Arancelaria. En tal nota se expresa que "...la denominada 'red de telefonía celular' "no resulta por sí una unidad clasificatoria sino que tal red está conformada por las distintas unidades clasificatorias evaluadas" (conf. fs. 100/101).

11) Que, al ser ello así, no puede afirmarse que la actora no haya cumplido con el régimen de envíos escalonados por la falta de importación de 84 estaciones radio base de telefonía celular, porque para que se verifique un incumplimiento al mencionado régimen debe importarse en forma incompleta una unidad clasificatoria, y —como se señaló— no corresponde considerar como tal a la "red de telefonía celular".

12) Que, por otra parte, en los informes técnicos 2308/95 (ANTNCA) y 2309/95 (ANTNCA) —que precedieron a las disposiciones 86/95 y 87/95— se señala que cada uno de los centros de conmutación móvil para estaciones de telefonía celular, denominados indistintamente MSC o MTSO cumplen "con la función de administrar un número variable de estaciones remotas (RMTSO) con las que está conectada mediante enlace satelital, y conectan con la red pública de telefonía (RPTN)" (conf. fs. 93 y 98), por lo que resulta claro que una unidad clasificatoria, de la PA 8525.20.21, considerada como tal en virtud de la regla general 2 a) para la interpretación del Sistema Armonizado, consiste en la reunión de un centro de conmutación móvil con al menos una estación radio base de telefonía celular, indistintamente denominada Smart RBS o RMTSO. Abona tal conclusión, la nota 28/05 del Departamento Técnica de Nomenclatura y Clasificación Arancelaria en la que se expresa que "...la reunión de un centro de conmutación móvil para estaciones radio base de telefonía celular (MSC o MTSO) con una estación radio base de telefonía celular (Smart RBS o RMTSO + CELL) conforma una unidad clasificatoria en los términos de la Regla General Interpretativa 2 a) del Sistema Armonizado, a la que le corresponde su ubicación en la PA NCM 8525.20.21" (conf. fs. 100/101).

Asimismo, de los mencionados informes también resulta que cada una de las estaciones combinadas de telefonía celular y centro de conmutación móvil (RMTSO+CELL+MSC) constituye una unidad clasificatoria que combina las funciones de los equipos mencionados anteriormente (las estaciones radio base de telefonía celular, y los centros de conmutación móvil), con la particularidad de que "...son en sí

mismas estaciones base típicas de la PA NCM 8525.20.21 que, desde el punto de vista clasificatorio no requieren ser reunidas con otro equipamiento” (fs. 93, 98 y 101).

13) Que, por último, no surge de la resolución (ANA) 45/93, vigente al tiempo de los hechos, que exista la obligación de importar la totalidad de las unidades clasificatorias autorizadas mediante el régimen de envíos escalonados, pues el mencionado régimen autoriza la importación o exportación en etapas de mercaderías consideradas como tales en virtud de la regla 2 a) para la interpretación del régimen armonizado; de forma tal que la mercadería —a la que la resolución denomina unidad clasificatoria— se despacha por la posición arancelaria correspondiente a la unidad clasificatoria completa y no a la que le corresponde a cada parte de esa unidad.

14) Que, en virtud de lo expuesto, se concluye en que la obligación de las empresas consistía en importar unidades clasificatorias completas, sin que ello implique que debían importarse la totalidad de las unidades clasificatorias autorizadas. Corrobora tal conclusión lo expresado en el dictamen 870/08 del Departamento Asesoramiento Aduanero obrante en copia a fs. 121/128 —que fue emitido en una causa análoga a la que aquí se ventila según se afirma en la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación— en el sentido de que “no surge de la normativa aplicable al régimen de envíos escalonados que el ingreso de menor cantidad de unidades de mercaderías autorizadas oportunamente por el servicio aduanero conlleve la pérdida o exclusión del régimen oportunamente solicitado y autorizado”.

15) Que, en consecuencia, no puede sostenerse válidamente que las actoras han infringido el régimen de envíos escalonados por el hecho de haber importado un número menor de estaciones radio base de telefonía celular que el que había sido autorizado (del total de 149 fueron importados 65), en tanto cada una de las unidades clasificatorias han sido ingresadas en forma completa y la totalidad de ellas resultaban comprendidas en la PA NCM 8525.20.21. En efecto, se han despachado las siguientes unidades clasificatorias: 65 estaciones radio base de telefonía celular indistintamente denominadas “Smart RBS” o “RMTSO + CELL”; 18 centros de conmutación móvil para estaciones de telefonía celular (MSC O MTSO), cuya cantidad permite reunir a cada uno de ellos con una de las estaciones radio base “Smart RBS” o “RMTSO + CELL” antes mencionadas para conformar, de este modo, una unidad

clasificatoria; finalmente, 12 estaciones combinadas de telefonía celular y centro de conmutación móvil (RMTSO + CELL + MSC) que, como fue señalado, son en sí mismas estaciones base típicas de la posición arancelaria antes mencionada y no requieren ser reunidas con otro equipamiento a los fines clasificatorios (ver considerando 12 de la presente).

Por ello, se revoca la sentencia en cuanto ha sido materia de recurso. Las costas de todas las instancias, en lo referente a la cuestión examinada en la presente (el cargo por tributos) se distribuyen por su orden en atención a la notoria complejidad de la controversia (arts. 68, segunda parte, y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*)— ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que el suscripto coincide con los considerandos 1° a 11 del voto que encabeza éste pronunciamiento.

12) Que, por otra parte, en los informes técnicos 2308/95 (ANTNCA) y 2309/95 (ANTNCA) —que precedieron a las disposiciones 86/95 y 87/95— se señala que cada uno de los centros de conmutación móvil para estaciones de telefonía celular, denominados indistintamente MSC o MTSO cumplen “con la función de administrar un número variable de estaciones remotas (RMTSO) con las que está conectada mediante enlace satelital, y conectan con la red pública de telefonía (RPTN)” (conf. fs. 93 y 98), por lo que resulta claro que una unidad clasificatoria, de la PA 8525.20.21, considerada como tal en virtud de la regla general 2 a) para la interpretación del Sistema Armonizado, consiste en la reunión de un centro de conmutación móvil con al menos una estación radio base de telefonía celular, indistintamente denominada Smart RBS o RMTSO. Abona tal conclusión, la nota 28/05 del Departamento Técnica de Nomenclatura y Clasificación Arancelaria

en la que se expresa que "...la reunión de un centro de conmutación móvil para estaciones radio base de telefonía celular (MSC o MTSO) con una estación radio base de telefonía celular (Smart RBS o RMTSO + CELL) conforma una unidad clasificatoria en los términos de la Regla General Interpretativa 2 a) del Sistema Armonizado, a la que le corresponde su ubicación en la PA NCM 8525.20.21" (conf. fs. 100/101).

Asimismo, de los mencionados informes surge que las estaciones combinadas de telefonía celular y centro de conmutación móvil (RMTSO+CELL+MSC) combinan las funciones de las estaciones de los anteriores equipos, por lo que resulta claro también que, en este caso, la unidad clasificatoria consiste en la unión de una estación combinada de telefonía celular con al menos un centro de conmutación móvil (MSC o MTSO) y una estación radio base de telefonía celular, indistintamente denominadas "Smart RBS" o "RMTSO", pues la expresión "combinar" alude a la acción de "unir cosas diversas, de manera que formen un compuesto o agregado" (conf. Diccionario de la Real Academia Española, voz 'combinar', primera acepción).

13) Que, por último, no surge de la resolución (ANA) 45/93, vigente al tiempo de los hechos, que exista la obligación de importar la totalidad de las unidades clasificatorias autorizadas mediante el régimen de envíos escalonados, pues el mencionado régimen autoriza la importación o exportación en etapas de mercaderías consideradas como tales en virtud de la regla 2 a) para la interpretación del régimen armonizado; de forma tal que la mercadería -a la que la resolución denomina unidad clasificatoria- se despacha por la posición arancelaria correspondiente a la unidad clasificatoria completa y no a la que le corresponde a cada parte de esa unidad.

14) Que, en virtud de lo expuesto, se concluye en que la obligación de las empresas consistía en importar unidades clasificatorias completas, sin que ello implique que debían importarse la totalidad de las unidades clasificatorias autorizadas. Corrobora tal conclusión lo expresado en el dictamen 870/08 del Departamento Asesoramiento Aduanero obrante en copia a fs. 121/128 -que fue emitido en una causa análoga a la que aquí se ventila según se afirma en la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación- en el sentido de que "no surge de la normativa aplicable al régimen de envíos escalonados que el ingreso de menor cantidad de unidades de mercaderías autorizadas oportunamente por el servicio aduanero conlleve la pérdida o exclusión del régimen oportuno

tunamente solicitado y autorizado”.

15) Que, en el caso de autos, se constata que fueron importadas tantas radio base de telefonía celular, indistintamente denominadas “Smart RBS” o “RMTSO”, como centros de conmutación móvil para estaciones radio base de telefonía celular (MSC o MTSO) y tantas estaciones radio base de telefonía celular, indistintamente denominados Smart RBS o RMTSO como centros de conmutación móvil para estaciones radio base de telefonía celular (MSC o MTSO) y estaciones combinadas de telefonía celular y centro de conmutación móvil (RMTSO+CELL+MSC). En consecuencia, y en la inteligencia antes expuesta, no puede válidamente sostenerse que las empresas de telefonía no hubiesen importado unidades clasificatorias completas al reunir al menos una radio base de telefonía celular, con un centro de conmutación móvil para estaciones radio base de telefonía celular (MSC o MTSO) y al combinar al menos una radio base de telefonía celular, indistintamente denominados Smart RBS o RMTSO con un centro de conmutación móvil para estaciones radio base de telefonía celular (MSC o MTSO) y una estación combinada de telefonía celular y centro de conmutación móvil (RMTSO+CELL+MSC).

Por ello, se revoca la sentencia en cuanto ha sido materia de recurso. Las costas de todas las instancias, en lo referente a la cuestión examinada en la presente (el cargo por tributos) se distribuyen por su orden en atención a la notoria complejidad de la controversia (arts. 68, segunda parte, y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso ordinario de apelación interpuesto por **AMX Argentina SA (ex CTI Compañía de Telefonía del Interior SA)**, representada por el Dr. **Carlos A. Carena**, con el patrocinio letrado del Dr. **Julio Carlos Lascano**.

Traslado contestado por la **Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General de Aduanas**, representada por el Dr. **Juan Manuel Francia**.

Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación y Sala V de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

PUENTES DEL LITORAL SA (TF 26.823-I) c/ DGI

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

El “precio neto de la operación” al que hace referencia el artículo sin número incorporado a continuación del art. 26 de la ley del IVA abarca también el monto del impuesto a las ganancias tomado a su cargo por el prestatario local, aunque no se lo haya hecho constar en las facturas emitidas para documentar el pago entre los contratantes, por una parte porque las normas tributarias aplicables no disponen que deba efectuarse una disociación entre “precio de la operación” (monto total desembolsado por la actora, que incluye el “grossing up”) y “precio facturado” (monto neto finalmente percibido por el sujeto del exterior) y porque la previsión del legislador efectuada en el primer párrafo del art. 10 de la ley mencionada permite afirmar que ante una incongruencia entre el valor de la operación y el que consta en la factura o documento equivalente -incluyendo el supuesto de la ausencia de este documento- se podrá acreditar el precio de la operación (base imponible del gravamen), sobre la base de los contratos celebrados.

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

Dado que en toda la normativa atinente al impuesto al valor agregado no existe referencia alguna al incremento de la base imponible como consecuencia de los impuestos tomados a cargo por parte del prestatario, la interpretación realizada por el organismo recaudador al integrarla a partir de una norma extraña a la cuestión como el instituto de “grossing up” regulado en una norma extraña a la cuestión -Impuesto a las Ganancias, ley 20.628- es contraria al principio de legalidad tributaria, máxime cuando el artículo incorporado a continuación del art. 26 de la ley del Impuesto al Valor Agregado obliga al contribuyente a tomar como base de imposición de una importación de servicios al precio neto que surja de la factura o documento equivalente (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 195/205, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación que, oportunamente, había dejado sin efecto la determinación de oficio practicada a la actora en el impuesto al valor agregado (IVA) por los pagos realizados a beneficiarios del exterior durante el año 2000, en el marco de la resolución general (AFIP) 549/99, con más sus intereses y multa.

Para así decidir, aclaró que el objeto del litigio consistía en dilucidar si el impuesto a las ganancias correspondiente a los beneficiarios del exterior, que había tomado a su cargo la contribuyente en diversos contratos de transferencia de tecnología celebrados con aquéllos, integraba la base imponible del IVA que debió abonar en los períodos enero a diciembre de 2000.

Sostuvo que el art. 10 y el art. sin número agregado a continuación del art. 26 de la ley del IVA -art. 26 bis en adelante-, así como el art. 65 de su decreto reglamentario, establecen que el cálculo de la base imponible se hará sobre el precio neto facturado, sin hacer referencia alguna al monto del impuesto a las ganancias vinculado con pagos efectuados a beneficiarios del exterior. Añadió que este acrecentamiento tampoco se incluye entre las prestaciones a las que hace referencia el quinto párrafo del art. 10 de la esta ley.

Por otra parte, indicó los arts. 91 y 92 de la ley del impuesto a las ganancias gravan las remesas al exterior en forma cedular, atribuyéndoles un resultado ficto en su art. 93, por lo que el impuesto a la renta y el IVA presentan, en este caso, el mismo hecho imponible, razón por la que la postura fiscal resulta contraria a lo ordenado por el art. 44 del decreto reglamentario de la ley del IVA, que excluye del precio neto gravado a "...los tributos que, teniendo como hecho imponible la misma operación gravada, se consignen en la factura por separado y en la medida en que sus importes coincidan con los ingresos que en tal concepto se efectúen a los respectivos fiscos".

En tal sentido, especificó que nada obstaba a que el impuesto a las ganancias del sujeto del exterior, tomado a su cargo por el prestatario argentino, se consignara por separado en la factura o documento equivalente y que, asimismo, estaba fuera de discusión que su medi-

da coincidía con el importe ingresado al erario, razón por la que estaban reunidos todos los requisitos para considerarlo como un concepto agregado que no integra el precio neto gravado según lo dispuesto por el art. 44 del decreto reglamentario de la ley del IVA.

-II-

Disconforme con lo resuelto, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 209/226, concedido a fs. 239 en cuanto se cuestionó la interpretación y el alcance de normas de carácter federal y desestimado en lo referente a la arbitrariedad invocada.

Manifiesta que la figura del acrecentamiento o “*grossing up*”, establecida en el art. 145, segundo y tercer párrafo, del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias, requiere de la existencia de un pacto o convenio en virtud del cual el deudor de la renta gravada asuma la carga tributaria que le corresponde al beneficiario del exterior, de modo tal que este último perciba su acreencia sin las detracciones que rigen fuera de su jurisdicción.

Puntualiza que en autos se ha comprobado la existencia del pacto por medio del cual la actora tomó a su cargo el pago del impuesto a las ganancias correspondiente a los sujetos del exterior, por lo que debe considerarse que ella abonó un mayor precio por los servicios contratados y, por consiguiente, el beneficiario recibió un mayor ingreso.

Por esta razón, afirma que, cuando el impuesto a las ganancias perteneciente al beneficiario del exterior es tomado a su cargo por los sujetos locales en el marco de una determinada relación contractual, éste constituye un concepto que integra la base imponible del IVA en los términos del art. 10 y 26 bis de la ley del gravamen.

Niega que la postura fiscal se encuentre en colisión con el art. 44 del decreto reglamentario, como sostuvo la Cámara, puesto que este precepto dispone que no integran el precio neto gravado “*los tributos*” que tienen como hecho imponible la misma operación, mientras que el impuesto a las ganancias aquí tomado a su cargo por el sujeto local no posee esa naturaleza, sino que se trata de un “*mayor precio*” por la prestación recibida.

-III-

Considero que el recurso extraordinario deducido es formalmente procedente, pues se ha cuestionado la inteligencia otorgada por el superior tribunal de la causa a normas federales (leyes 20.628 y 20.631,

decretos 1.344/98 y 679/99, todos con sus respectivas modificaciones) y la sentencia definitiva ha sido contraria al derecho que el recurrente funda en ella (art. 14, inc. 3, ley 48).

No es ocioso recordar que, en su tarea de establecer la correcta interpretación de esas normas de carácter federal, V.E. no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (art. 16, ley 48), según la inteligencia que rectamente les otorgue (Fallos: 307:1457; 320:1915, entre otros).

-IV-

Tengo para mí que, para el correcto encuadramiento de la discusión en esta instancia excepcional, resulta indispensable poner de relieve que se halla fuera de debate que la actora y sus contrapartes del exterior convinieron una serie de contratos de transferencia de tecnología, en los cuales se pactó que aquella les abonaría, de manera directa, una determinada suma y que, además, se haría cargo del impuesto a las ganancias correspondiente a éstos en virtud de lo establecido por los arts. 91, 92, 93 y cc. de la ley de este gravamen.

De allí se colige, sin hesitación, y más allá de la manera en que se documentó la transacción, que la contraprestación a que se obligó la actora en tales contratos fue a desembolsar tanto la suma requerida por sus proveedores extranjeros, como aquella otra exigida por el Fisco Nacional a título del gravamen que les corresponde a éstos -como sujetos del exterior- por obtener rentas de fuente nacional -y cuyo ingreso es menester que sea efectuado por la actora, en su carácter de sustituto, practicando la retención a título definitivo tal como lo mandan las normas referidas de la ley del impuesto-.

En otras palabras, queda a la luz que el “precio” de los contratos aquí involucrados es la suma íntegramente desembolsada por la actora para satisfacer su obligación para con las contrapartes, en los términos de los arts. 725, 749 y cc. del Código Civil.

Esa Corte tiene dicho que el derecho tributario ha ganado autonomía como rama del conocimiento, por los conceptos, principios, institutos y métodos con los que cuenta, pero también ha dejado en claro que las normas tributarias no deben quedar al margen de la unidad general del Derecho, sino que han de compatibilizarse, necesariamente, con los principios generales del derecho (públicos o privados) en cuanto éstos tengan vigencia en todo el orden jurídico (Fallos: 297:500 y A.1279, L.XLII, “Administración Federal de Ingresos Públicos -DGI-

s/ casación en autos ‘Bodegas y Viñedos El Águila S.R.L. s/ concurso preventivo – revisión’”, sentencia del 11 de agosto del 2009).

Además, estimo que, en principio, el concepto de “precio” resulta común al derecho público y al privado, lo que descarta el riesgo de que la cuestión sea juzgada a la luz de pautas indebidamente trasladadas a un ámbito que le es impropio (arg. Fallos: 326:3899).

En tales condiciones, no advierto en la ley del IVA, ni en la ley del impuesto a las ganancias, una norma especial que implique apartarse del concepto de “precio” dado por las normas comunes para asignarle un sentido específico a los fines fiscales -como sí ocurre, por ejemplo, con el concepto de compraventa, delineado por el art. 2º, inc. a), de la ley del IVA de forma distinta a como lo hace el mismo legislador en los arts. 1.323 y ss. del Código Civil y 450 y cc. del Código de Comercio- que permitiera establecer un guarismo diverso de aquél, y que fuera considerado «precio» a los fines de estos gravámenes.

-V-

Sentado lo anterior, considero que el único punto en debate radica en dilucidar si el importe del impuesto a las ganancias ingresado por la actora, y que no consta en las facturas o documentos equivalentes emitidos por los sujetos del exterior, integra o no la base imponible del IVA por los períodos enero a diciembre de 2000.

Al respecto, no es ocioso recordar que el art. 1º, inc. d), de la ley del IVA (ley 20.631, t.o. por decreto 280/97) establece que este tributo se aplicará sobre: *“Las prestaciones comprendidas en el inciso e) del artículo 3º, realizadas en el exterior cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, cuando los prestatarios sean sujetos del impuesto por otros hechos imponibles y revistan la calidad de responsables inscriptos”*.

En lo atinente a la base imponible que corresponde a este hecho gravado, el art. 26 bis de esa ley determina: *“En el caso de las prestaciones a que se refiere el inciso d), del artículo 1º, la alícuota se aplicará sobre el precio neto de la operación que resulte de la factura o documento equivalente extendido por el prestador del exterior, siendo de aplicación en estas circunstancias las disposiciones previstas en el primer párrafo del artículo 10”* (subrayado, agregado).

Ha sostenido el Tribunal que, cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino su directa aplicación (Fallos: 320:2145, cons. 6º y su cita), y que es adecuado dar a las

palabras de la ley el significado que tienen en el lenguaje común (Fallos: 302:429), o bien en el sentido más obvio del entendimiento común (Fallos: 320:2649).

Sobre la base de estas asentadas pautas hermenéuticas, resulta evidente para mí que el “*precio neto de la operación*” al que hace referencia el art. 26 bis de la ley del IVA abarca también el monto del impuesto a las ganancias tomado a su cargo por el prestatario local, más allá -insisto- de que no se haya hecho constar en las facturas emitidas para documentar el pago entre los contratantes.

Por una parte, puesto que, como dejé asentado en el acápite anterior, no puede sostenerse que en las leyes tributarias involucradas exista, en el aspecto bajo estudio en esta causa, una disociación realizada por el legislador entre “precio de la operación” (es decir, el monto total desembolsado por la actora, que incluye el “*grossing up*”) y “precio facturado” (es decir, el monto neto finalmente percibido por el sujeto del exterior).

Y, por otra parte, dado que el propio legislador ha previsto en el primer párrafo, in fine, del art. 10 de la ley del IVA (aplicable a la especie de acuerdo con lo normado por el art. 26 bis de la misma ley) que “*Cuando no exista factura o documento equivalente, o ellos no expresen el valor corriente en plaza, se presumirá que éste es el valor computable, salvo prueba en contrario*”. Es decir, que ante una incongruencia entre el valor de la operación y el que consta en la factura o documento equivalente -incluyendo el supuesto en que tal documento fuera inexistente-, se podrá acreditar -como ha hecho el Fisco en la especie, basándose en los contratos celebrados- que el precio de la operación (base imponible del gravamen) es un guarismo diverso del documentado.

Según lo pienso, no podría sostenerse con éxito que el legislador sólo contempló la posibilidad de que el Fisco determinase el precio de la operación o bien cuando la factura no existiese -caso extremo, ajeno al de autos-, o bien cuando el valor en ella reflejado fuera divergente del valor corriente en plaza -supuesto que también difiere al de la especie, y que se ubica en el otro extremo de las posibilidades-, dejando fuera de la normativa casos como el aquí ocurrente, en el que no se discute que el precio convenido por las partes diverja del corriente de plaza o que la factura sea inexistente, sino simple y sencillamente que ésta expresa sólo una parte del precio y no todo él, y cuyo monto total resulta indubitable de la documentación correspondiente a las operaciones involucradas.

Desde esta perspectiva, es que debe recordarse una vez más la inveterada doctrina del Tribunal que sostiene que las normas han de ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas -como lo sería la indicada en el párrafo anterior- no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos: 255:360; 258:75; 281:146, entre muchos otros). Ello así, porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 234:482; 302:1284).

En este orden de ideas, debe tenerse presente la facultad del Fisco Nacional para impugnar el monto que consta como precio en la factura o documento equivalente y determinar de oficio sobre base cierta -como ocurre en el caso de autos-, los tributos adeudados por el contribuyente y por los demás responsables (arts. 16, 17, 33, 35 y cc. de la ley 11.683).

La solución cuya adopción aquí propicio conjuga las disposiciones contempladas en el art. 26 bis de la ley del IVA con las ya mencionadas de la ley de rito fiscal, respetándose de esta forma el inveterado criterio de esa Corte que sostiene que la tarea de interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus preceptos, destruyendo los unos por los otros, correspondiendo adoptar como verdadero el criterio que los concilie y suponga su integral armonización, dejándolos a todos con valor y efecto (conf. Fallos: 324:1481; 326:2637, etc.).

-VI-

Por lo expuesto, opino que debe revocarse la sentencia apelada en cuanto ha sido motivo de recurso extraordinario, ordenando que, por quien corresponda, se dicte una nueva conforme a lo aquí dictaminado. Buenos Aires, 10 de junio de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de agosto de 2014.

Vistos los autos: “Puentes del Litoral S.A. (TF 26.823-I) c/ DGI”.

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación, dejó sin efecto la determinación de oficio practicada a la actora en el impuesto al valor agregado (IVA) por los pagos realizados a beneficiarios del exterior durante el año 2000, en el marco de la resolución general (AFIP) 549/99, con más sus intereses y multa.

2º) Que para pronunciarse en el sentido indicado, el tribunal de alzada, tras indicar que el objeto del litigio consistía en dilucidar si el impuesto a las ganancias correspondiente a los beneficiarios del exterior —que había tomado a su cargo la contribuyente en diversos contratos de transferencia de tecnología celebrados con aquéllos— integraba la base imponible del IVA, sostuvo que el artículo 10 y el artículo sin número agregado a continuación del artículo 26 de la ley del IVA, así como el artículo 65 de su decreto reglamentario, establecen que el cálculo de la base imponible se hará sobre el precio neto facturado, sin hacer referencia alguna al monto del impuesto a las ganancias vinculado con pagos efectuados a beneficiarios del exterior. Añadió que este acrecentamiento tampoco se incluye entre las prestaciones a las que hace referencia el quinto párrafo del artículo 10 de esa ley.

3º) Que asimismo afirmó que los artículos 91 y 92 de la ley del impuesto a las ganancias gravan las remesas al exterior en forma cedular, atribuyéndoles un resultado ficto en su artículo 93, por lo que el impuesto a la renta y el IVA presentan, en este caso, el mismo hecho imponible.

Sentado lo que antecede, consideró que la postura del ente recaudador resultaba contraria a lo dispuesto por el artículo 44 del decreto reglamentario de la ley del IVA, que excluye del precio neto gravado a “...los tributos que, teniendo como hecho imponible la misma opera-

ción gravada, se consignen en la factura por separado y en la medida en que sus importes coincidan con los ingresos que en tal concepto se efectúen a los respectivos fiscos”.

En ese sentido, destacó que nada impedía que el impuesto a las ganancias del sujeto del exterior, tomado a su cargo por el prestatario argentino, se consignara por separado en la factura o documento equivalente. De tal manera, juzgó que se encontraban reunidos todos los requisitos para considerarlo como un concepto agregado que no integra el precio neto gravado según lo dispuesto por el artículo 44 del decreto reglamentario de la ley del IVA.

4º) Que contra lo así decidido, el Fisco Nacional (AFIP-DGI) interpuso recurso extraordinario (fs. 209/226), que fue concedido por el a quo mediante la resolución de fs. 239/239 vta. en tanto en él se cuestiona el alcance y la interpretación de normas de carácter federal y denegado por la causal de arbitrariedad.

5º) Que el recurrente asevera que la sentencia apelada no ha efectuado una adecuada interpretación y aplicación de las normas en juego.

Manifiesta que la figura del acrecentamiento, o “grossing up”, establecida en el artículo 145, segundo y tercer párrafos, del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias, requiere de la existencia de un pacto o convenio en virtud del cual el deudor de la renta gravada asume la carga tributaria que le corresponde al beneficiario del exterior, de modo tal que este último perciba su acreencia sin las deducciones que rigen fuera de su jurisdicción.

Sostiene que en autos se ha comprobado la existencia del pacto por medio del cual la actora tomó a su cargo el pago del impuesto a las ganancias correspondiente a los sujetos del exterior, de manera que debe considerarse que ella abonó un mayor precio por los servicios contratados y, por consiguiente, el beneficiario recibió un mayor ingreso, que constituye un concepto que integra la base imponible del IVA en los términos del artículo 10 de la ley del gravamen y del artículo sin número incorporado a continuación del artículo 26 por la ley 25.063.

Por otra parte, niega que la postura que sostiene se encuentre en colisión con el artículo 44 del decreto reglamentario, puesto que este precepto dispone que no integran el precio neto gravado “los tributos” que tienen como hecho imponible la misma operación, mientras que el impuesto a las ganancias aquí tomado a su cargo por el sujeto local no posee esa naturaleza, sino que se trata de un “mayor precio” por la prestación recibida.

6º) Que el recurso extraordinario planteado es formalmente admisible pues se ha cuestionado la inteligencia otorgada por el superior tribunal de la causa a normas federales (leyes 20.628 y 20.631, decretos 1344/98 y 679/99) y la sentencia definitiva ha sido contraria al derecho que el recurrente funda en ellas (artículo 14, inc. 3, ley 48).

7º) Que surge de las presentes actuaciones que la actora y sus contratantes del exterior convinieron una serie de contratos de transferencia de tecnología, en los que se pactó que aquélla les abonaría, de manera directa, una determinada suma y que, además, se haría cargo del impuesto a las ganancias correspondiente a éstos en virtud de lo establecido por los artículos 91, 92, 93 y ctes. de la ley del gravamen.

8º) Que en tales condiciones, independientemente de la forma en que se instrumentó el acuerdo, la contraprestación a que se obligó la actora en tales contratos consistió en desembolsar, por un lado, la suma requerida por sus proveedores extranjeros y, por el otro, aquella otra exigida por el Fisco Nacional a título del gravamen que les corresponde a éstos —como sujetos del exterior— por obtener rentas de fuente argentina, y cuyo ingreso debe ser efectuado por la actora, practicando la retención a título definitivo tal como lo disponen las normas de la ley del impuesto. De tal manera, cabe afirmar —como adecuadamente lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen— que el “precio” de los aludidos contratos es la suma íntegramente desembolsada por la actora para satisfacer su obligación para con sus contrapartes, en los términos de los artículos 725, 749 y ctes. del Código Civil.

9º) Que, sentado lo que antecede, corresponde dilucidar si el importe del impuesto a las ganancias ingresado por la actora, y que no consta en las facturas o documentos equivalentes emitidos por los su-

jetos del exterior; integra o no la base imponible del IVA por los períodos enero a diciembre de 2000.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 1°, inc. d, de la ley del IVA (ley 20.631, t.o. por decreto 280/97) establece que este tributo se aplicará sobre: “Las prestaciones comprendidas en el inciso e) del artículo 3° realizadas en el exterior cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, cuando los prestatarios sean sujetos del impuesto por otros hechos imponibles y revistan la calidad de responsables inscriptos”. Por su parte, el artículo sin número incorporado a continuación del artículo 26 de esa ley determina, respecto de la base imponible del hecho gravado, que: “En el caso de las prestaciones a que se refiere el inciso d), del artículo 1°, la alícuota se aplicará sobre el precio neto de la operación que resulte de la factura o documento equivalente extendido por el prestador del exterior, siendo de aplicación en estas circunstancias las disposiciones previstas en el primer párrafo del artículo 10”. A su vez, el aludido párrafo, tras establecer el principio de que “el precio neto de la venta, de la locación, o de la prestación de servicios, será el que resulte de la factura o documento equivalente” dispone, en lo que resulta relevante para el caso en examen, lo siguiente: “Cuando no exista factura o documento equivalente, o ellos no expresen el valor corriente en plaza, se presumirá que éste es el valor computable, salvo prueba en contrario”.

10) Que este Tribunal ha sostenido que cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino su directa aplicación (Fallos: 320:2145, cons. 6° y su cita), y que es adecuado dar a las palabras de la ley el significado que tienen en el lenguaje común (Fallos: 302:429), o bien en el sentido más obvio del entendimiento común (Fallos: 320:2649).

Sobre la base de estas pautas hermenéuticas, cabe concluir que el “precio neto de la operación”, al que hace referencia el artículo sin número incorporado a continuación del artículo 26 de la ley del IVA, abarca también el monto del impuesto a las ganancias tomado a su cargo por el prestatario local, aunque no se lo haya hecho constar en las facturas emitidas para documentar el pago entre los contratantes.

11) Que ello es así, por una parte, en razón de que las normas tributarias aplicables al caso en examen no disponen que deba efectuarse

una disociación entre “precio de la operación” (monto total desembolsado por la actora, que incluye el “grossing up”) y “precio facturado” (monto neto finalmente percibido por el sujeto del exterior).

Y, por la otra, pues la previsión del legislador efectuada en el primer párrafo del artículo 10 de la ley del IVA —precedentemente transcrita— en cuanto a que “Cuando no exista factura o documento equivalente, o ellos no expresen el valor corriente en plaza, se presumirá que éste es el valor computable, salvo prueba en contrario”, permite afirmar —como acertadamente se señala en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal— que ante una incongruencia entre el valor de la operación y el que consta en la factura o documento equivalente —incluyendo el supuesto de la ausencia de este documento— se podrá acreditar el precio de la operación (base imponible del gravamen), sobre la base de los contratos celebrados, como lo ha hecho el Fisco Nacional.

12) Que al respecto —y como bien se señala en el aludido dictamen— no podría sostenerse con éxito que el legislador sólo contempló la posibilidad de que el Fisco determinase el precio de la operación o bien cuando la factura no existiese, o bien cuando el valor en ella reflejado fuera divergente del valor corriente en plaza, y que dejó fuera de la normativa casos como el aquí planteado, en el que la factura expresa sólo una parte del precio y no la totalidad de éste, y cuyo monto total resulta indubitable de la documentación correspondiente a las operaciones involucradas.

13) Que ello es así pues inveterada doctrina del Tribunal tiene dicho que las normas han de ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas —como lo sería la indicada en el párrafo anterior— no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos: 255:360; 258:75; 281:146, entre muchos otros). En ese orden de ideas, cabe recordar que también ha señalado la Corte que no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente se derivan de una sentencia, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 234:482; 302:1284).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, y se revoca la sentencia apelada, con costas. Notifíquese y devuélvase a fin de que el tribunal a quo, por quien corresponda, dicte un nuevo fallo con arreglo a lo decidido en la presente.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*).

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación, dejó sin efecto la determinación de oficio practicada a la actora en el impuesto al valor agregado (IVA) por los pagos realizados a beneficiarios del exterior durante el año 2000, en el marco de la resolución general (AFIP) 549/99, con más sus intereses y multa.

2º) Que para pronunciarse en el sentido indicado, el tribunal de alzada, tras indicar que el objeto del litigio consistía en dilucidar si el impuesto a las ganancias correspondiente a los beneficiarios del exterior —que había tomado a su cargo la contribuyente en diversos contratos de transferencia de tecnología celebrados con aquéllos— integraba la base imponible del IVA, sostuvo que el artículo 10 y el artículo sin número agregado a continuación del artículo 26 de la ley del IVA, así como el artículo 65 de su decreto reglamentario, establecen que el cálculo de la base imponible se hará sobre el precio neto facturado, sin hacer referencia alguna al monto del impuesto a las ganancias vinculado con pagos efectuados a beneficiarios del exterior. Añadió que este acrecentamiento tampoco se incluye entre las prestaciones a las que hace referencia el quinto párrafo del artículo 10 de esa ley.

3º) Que asimismo afirmó que los artículos 91 y 92 de la ley del impuesto a las ganancias gravan las remesas al exterior en forma

cedular, atribuyéndoles un resultado ficto en su artículo 93, por lo que el impuesto a la renta y el IVA presentan, en este caso, el mismo hecho imponible.

Sentado lo que antecede, consideró que la postura del ente recaudador resultaba contraria a lo dispuesto por el artículo 44 del decreto reglamentario de la ley del IVA, que excluye del precio neto gravado a "...los tributos que, teniendo como hecho imponible la misma operación gravada, se consignen en la factura por separado y en la medida en que sus importes coincidan con los ingresos que en tal concepto se efectúen a los respectivos fiscos".

En ese sentido, destacó que nada impedía que el impuesto a las ganancias del sujeto del exterior, tomado a su cargo por el prestatario argentino, se consignara por separado en la factura o documento equivalente. De tal manera, juzgó que se encontraban reunidos todos los requisitos para considerarlo como un concepto agregado que no integra el precio neto gravado según lo dispuesto por el artículo 44 del decreto reglamentario de la ley del IVA.

4º) Que contra lo así decidido, el Fisco Nacional (AFIP-DGI) interpuso recurso extraordinario (fs. 209/226), que fue concedido por el a quo mediante la resolución de fs. 239/239 vta. en tanto en él se cuestiona el alcance y la interpretación de normas de carácter federal y denegado por la causal de arbitrariedad.

5º) Que el recurrente asevera que la sentencia apelada no ha efectuado una adecuada interpretación y aplicación de las normas en juego.

Manifiesta que la figura del acrecentamiento, o "grossing up", establecida en el artículo 145, segundo y tercer párrafos, del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias, requiere de la existencia de un pacto o convenio en virtud del cual el deudor de la renta gravada asume la carga tributaria que le corresponde al beneficiario del exterior, de modo tal que este último perciba su acreencia sin las detracciones que rigen fuera de su jurisdicción.

Sostiene que en autos se ha comprobado la existencia del pacto por medio del cual la actora tomó a su cargo el pago del impuesto a

las ganancias correspondiente a los sujetos del exterior, de manera que debe considerarse que ella abonó un mayor precio por los servicios contratados y, por consiguiente, el beneficiario recibió un mayor ingreso, que constituye un concepto que integra la base imponible del IVA en los términos del artículo 10 de la ley del gravamen y del artículo sin número incorporado a continuación del artículo 26 por la ley 25.063.

Por otra parte, niega que la postura que sostiene se encuentre en colisión con el artículo 44 del decreto reglamentario, puesto que este precepto dispone que no integran el precio neto gravado “los tributos” que tienen como hecho imponible la misma operación, mientras que el impuesto a las ganancias aquí tomado a su cargo por el sujeto local no posee esa naturaleza, sino que se trata de un “mayor precio” por la prestación recibida.

6º) Que el recurso extraordinario planteado es formalmente admisible pues se ha cuestionado la inteligencia otorgada por el superior tribunal de la causa a normas federales (leyes 20.628 y 20.631, decretos 1344/98 y 679/99) y la sentencia definitiva ha sido contraria al derecho que el recurrente funda en ellas (artículo 14, inc. 3, ley 48).

7º) Que surge de las presentes actuaciones que la actora y sus contratantes del exterior convinieron una serie de contratos de transferencia de tecnología, en los que se pactó que aquélla les abonaría, de manera directa, una determinada suma y que, además, se haría cargo del impuesto a las ganancias correspondiente a éstos en virtud de lo establecido por los artículos 91, 92, 93 y cctes. de la ley del gravamen.

8º) Que en tales condiciones, la contraprestación a la que se obligó la actora en tales contratos consistió en desembolsar, por un lado, la suma requerida por sus proveedores extranjeros y, por el otro, aquella otra exigida por el Fisco Nacional a título del gravamen que les corresponde a éstos —como sujetos del exterior— por obtener rentas de fuente argentina, y cuyo ingreso debe ser efectuado por la actora, practicando la retención a título definitivo tal como lo disponen las normas de la ley del impuesto.

9º) Que, sentado lo que antecede, corresponde dilucidar si el importe del impuesto a las ganancias ingresado por la actora, y que no consta en las facturas o documentos equivalentes emitidos por los sujetos del exterior, integra o no la base imponible del IVA por los períodos enero a diciembre de 2000.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 1º, inc. d, de la ley del IVA (ley 20.631, t.o. por decreto 280/97) establece que este tributo se aplicará sobre: “Las prestaciones comprendidas en el inciso e) del artículo 3º realizadas en el exterior cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, cuando los prestatarios sean sujetos del impuesto por otros hechos imposables y revistan la calidad de responsables inscriptos”. Por su parte, el artículo sin número incorporado a continuación del artículo 26 de esa ley determina, respecto de la base imponible del hecho gravado, que: “En el caso de las prestaciones a que se refiere el inciso d), del artículo 1º, la alícuota se aplicará sobre el precio neto de la operación que resulte de la factura o documento equivalente extendido por el prestador del exterior, siendo de aplicación en estas circunstancias las disposiciones previstas en el primer párrafo del artículo 10”. A su vez, el aludido párrafo, tras establecer el principio de que “el precio neto de la venta, de la locación, o de la prestación de servicios, será el que resulte de la factura o documento equivalente” dispone, en lo que resulta relevante para el caso en examen, lo siguiente: “Cuando no exista factura o documento equivalente, o ellos no expresen el valor corriente en plaza, se presumirá que éste es el valor computable, salvo prueba en contrario”.

10) Que corresponde recordar que el “grossing up” —instituto regulado en la ley 20.628— constituye la mayor ganancia correspondiente al beneficiario de la renta, en atención a que el impuesto a las ganancias ha sido trasladado por el aludido beneficiario a la contraparte de la operación. En efecto, el artículo 145 del decreto reglamentario de la ley del Impuesto a las Ganancias, establece que “cuando el pago del impuesto se encuentre a cargo de un tercero, la ganancia se acrecentará en el importe abonado por aquél, sin perjuicio de que el beneficiario considere dicho pago como un ingreso a cuenta del impuesto definitivo anual”.

11) Que en esa línea de pensamiento, cabe puntualizar que el concepto de acrecentamiento de la base (grossing up) proviene de una norma ajena al Impuesto al Valor Agregado, más precisamente del Im-

puesto a las Ganancias. En esa inteligencia, es preciso resaltar que la incorporación del *grossing up* dentro de la base imponible del IVA por la figura de la “importación de servicios” —contemplada en el artículo 1° inciso d de la ley de IVA— responde a una interpretación analógica —integrativa por parte de la Administración Federal de Ingresos Públicos a través de la Actuación (DI ATEC) 1910/2001 del Departamento de Operaciones Internacionales—, que fue basamento de la determinación de oficio que suscitó la presente causa.

En efecto, esta operación lógica del intérprete —en este caso el Fisco Nacional— consistió en integrar la norma jurídica —Impuesto al Valor Agregado— a partir de una norma extraña a la cuestión —Impuesto a las Ganancias—, pues la analogía busca suplir lagunas legislativas a través de la incorporación de disposiciones que rijan para situaciones semejantes.

En este sentido, corresponde resaltar que el proceso de integración es perfectamente posible y válido en el derecho tributario, pero está limitado por la prohibición de crear impuestos o exenciones por vías diferentes a la sanción del poder legislativo, de lo que se deriva que el método de la integración, sólo puede versar sobre aspectos secundarios de la relación jurídica tributaria principal, por lo que no es aplicable para colmar lagunas que se produjesen respecto a la estructura del tributo (hecho imponible, sujetos y elementos cuantitativos de fijación del *quantum*).

En igual línea de pensamiento, esta Corte ha señalado que no cabe aceptar la analogía en la interpretación de normas tributarias materiales, para extender más allá de lo previsto por el legislador (Fallos: 310:290) ya que “(c)ualquier extensión analógica, aún por vía reglamentaria, de los supuestos taxativamente previstos en la ley se exhibe en pugna con el principio constitucional de legalidad del tributo, y ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones, de conformidad con los arts. 4, 17, 44 y 67 —texto 1853-1860— de la Constitución Nacional” (Fallos: 326:3168).

En tales condiciones, corresponde concluir en que dado que en toda la normativa atinente al impuesto al valor agregado no existe

referencia alguna al incremento de la base imponible como consecuencia de los impuestos tomados a cargo por parte del prestatario, la interpretación realizada por el organismo recaudador es contraria al principio de legalidad tributaria, máxime cuando el artículo incorporado a continuación del artículo 26 de la ley del Impuesto al Valor Agregado obliga al contribuyente a tomar como base de imposición de una importación de servicios al precio neto que surja de la factura o documento equivalente.

12) Que por otra parte, corresponde desestimar la interpretación del organismo recaudador de aplicar la presunción establecida al final del primer párrafo del artículo 10 de la ley del gravamen, pues esta Corte recientemente ha señalado que no es objetable que el legislador utilice la técnica de las presunciones, aunque su uso debe ser limitado a aquellos casos en que existan circunstancias especialísimas que lo justifiquen, siendo dicha problemática el resultado de la tensión entre el principio de justicia tributaria y el de capacidad contributiva (Fallos: 333:993).

En efecto, tal como se lo señaló precedentemente, en la ley del Impuesto al Valor Agregado, la base imponible —en este caso— está constituida por el monto facturado por el prestador del exterior (conf. artículo 10), por lo que no corresponde remitirse al “valor corriente de plaza”, máxime cuando las normas legales vigentes no definen la plaza de que se trata, por lo que cabe concluir en que la interpretación del organismo recaudador carece de sustento.

En este sentido, no puede sostenerse válidamente que el valor de plaza pueda desdoblarse según la actividad que desarrolla quien paga la renta, dado que ello importaría crear “ex lege” categorías diferenciales de contribuyentes. Ello es así, pues el tercer párrafo del artículo 145 del decreto reglamentario —en oportunidad de tratar los intereses de financiaci3nes del exterior— no permite practicar el acrecentamiento y por lo tanto, para esos agentes de retenci3n, la carga tributaria final resultaría distinta a la que asumirían otros responsables, aun cuando las operaciones y el valor económico de las mismas fuesen idénticos, situaci3n que no va a cambiar porque la plaza se halle ubicada en el exterior.

Por ello, en virtud de las consideraciones expuestas y habiendo dictaminado la se3ora Procuradora Fiscal, se declara formalmente

admisible el recurso extraordinario planteado y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por: **Fisco Nacional (AFIP-DGI)**, representado por la **Dra. Silvia M. Leiva**, en su carácter de apoderada, con el patrocinio letrado del **Dr. Carlos Alejandro Muzzio**.

Traslado contestado por: **Puentes del Litoral S.A.**, representada por el **Dr. Eduardo Martín Albarracín**, en su carácter de apoderado, con el patrocinio letrado de los **Dres. Pablo Raúl Masud y Mario José Blanco**.

Tribunal de origen: **Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación**.

**O.S. PERS. DE LA CONSTRUCCION C/ EST. NAC.-M° DE
SALUD Y ACC. SOC. -SUPERINT. SERV. DE SALUD-
S/ EJECUCIÓN LEY 23.660**

COMPENSACION

Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda que la Obra Social del Personal de la Construcción (OSPECON) inició contra el Estado Nacional (Superintendencia de Servicios de Salud) con el objeto de que se ordenara, por intermedio de la Administración Federal de Ingresos Públicos, liquidar y transferir a su cuenta los fondos correspondientes a la compensación establecida en el art. 24 del Anexo II del decreto 576/03 respecto de los trabajadores incluidos en el inc. a) del art. 10 de la ley 23.660 ya que la solución da con fundamento en el principio de solidaridad que sostiene, junto con otros, al sistema de seguridad social permite que la actora, con las características que la identifican, pueda hacer frente a la cobertura de salud obligatoria de aquellos beneficiarios durante los tres meses contemplados por el artículo mencionado en los que no ingresará una contribución al sistema, mediante recursos que percibirá del Fondo Solidario de Redistribución.

COMPENSACION

La sentencia que hizo lugar a la demanda que la Obra Social del Personal de la Construcción (OSPECON) inició contra el Estado Nacional (Superintendencia de Servicios de Salud) con el objeto de que se ordenara, por intermedio de la Administración Federal de Ingresos Públicos, liquidar y transferir a su cuenta los fondos correspondientes a la compensación establecida en el art. 24 del Anexo II del decreto 576/03 respecto de los trabajadores incluidos en el inc. a) del art. 10 de la ley 23.660 -cobertura durante los 3 meses posteriores a la extinción del contrato de trabajo- fue más allá del lenguaje de la normativa, de su espíritu y de lo expresado por los miembros informantes en los debates que precedieron a la sanción de la ley en cuestión, y creó un subsidio, de este modo otorgó a la OSPECON recursos económicos mediante derivación de fondos cuya determinación, en principio, no corresponde al poder judicial (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Carlos S. Fayt).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Los jueces de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, al revocar el pronunciamiento de la instancia anterior hicieron lugar al reclamo de la Obra Social del Personal de la Construcción (OSPECON) declarando el derecho a percibir de la demandada la suma de cuarenta pesos (\$40, Decreto 492/95) por cada beneficiario no aportante comprendido en el art. 10, inciso a) de la ley 23.660 (v. fs. 284/286 y fs. 248/252, respectivamente, de los autos principales que se citarán en lo sucesivo, salvo indicación en contrario) .

Para así decidir, señalaron que existe un imperativo legal que establece que los trabajadores tienen derecho a gozar de la prestación médica obligatoria por tres meses después de la disolución del contrato de trabajo sin que las partes involucradas en esa relación laboral realicen los aportes y contribuciones (art. 10 de la ley 23.660).

Sostuvo que el Estado es el obligado esencial en otorgar los beneficios de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable, según el art. 14 bis de la Constitución Nacional que en la gestión de prestar salud delega a las Obras Sociales (art. 3 de la ley 23.660), sin que ello signifique que se desligue de la obligación constitucional a su

cargo, que se mantiene vigente con carácter subsidiario. Entendió que si bien no hay una norma expresa que contemple la situación de los no aportantes, por el período de tres meses posterior al cese, en un sistema contributivo como el de las Obras Sociales alguien debe financiar las coberturas por dicho período. En tal sentido, explicó que las Obras Sociales participan del concepto sustantivo de seguro social, en la forma que la doctrina y la jurisprudencia lo han descripto, y que la gestión de tales seguros sociales, está delegada en una sociedad intermedia administrada por los propios interesados con participación del Estado, no solamente en el ejercicio del poder de policía sino como parte de los derechos y cumplimiento de las obligaciones en este tema específico.

Recordó que el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo del proyecto de la ley n° 23.661 establecía tres niveles de solidaridad, que luego se reflejaron en la norma sancionada. En primer lugar, en la obligación individual de realizar aportes y contribuciones (art. 16 de la ley 23.660); en segundo lugar, en la integración del Fondo Solidario de Redistribución (art. 24 de la ley 23.661) y, por último, en la intervención del Estado a través del presupuesto nacional (art. 14 Bis, CN).

En esa línea, señaló que en junio de 1998 la obra social actora tenía la obligación legal de otorgar la prestación médica asistencial a los beneficiarios en los términos del art. 10 de la ley 23.660 y por el contrario no recibía los fondos necesarios para cumplir con dicha obligación. A partir de ello, puntualizó, entra a jugar el segundo y tercer nivel de solidaridad, es decir -definió-, recibir el subsidio del Fondo de Redistribución y en su caso, sí así correspondiese, del presupuesto nacional.

Afirma que no existe el mencionado vacío legal que sostuvo la juez de primera instancia con la derogación de la Resolución 633/96 del M. S. y A. S. por el decreto 504/98, pues de los debates previos (del Régimen Legal de Obras Sociales -Ley n° 23.660- y del Sistema Nacional del Seguro de Salud -Ley n° 23.661-) surge la responsabilidad del sistema de proveer de los recursos suficientes para que los agentes de salud cubran las prestaciones médicas obligatorias, reiterando que puede ser a través de los aportes y contribuciones, de la solidaridad de los otros agentes de salud y del propio Estado por su obligación primaria de garantizar la salud (art. 14 Bis, CN).

Destacó que el régimen legal considera como beneficiario a aquel trabajador no aportante al sistema que hubiera desempeñado por más de tres meses, hasta tres meses de extinguida la relación laboral, permitiéndole gozar de la prestación de salud provista por la Obra Social (art. 10 de la ley 23.660).

Agregó que el Sistema de seguro de Salud dispone que los recursos del Fondo Solidario de Redistribución se destinan entre otras cosas "... para su distribución automática entre los agentes, con el fin de subsidiar a aquellos que, por todo concepto perciban menores ingresos promedios por beneficiarios obligados, con el propósito de equiparar niveles de cobertura obligatoria, según la reglamentación que establezca la ANSSAL..." (art. art. 24, inc. b, ap. 2 de la 23.661).

Enfatizó que los términos del art. 24 de la ley 23.661 hacen referencia exclusivamente a "beneficiario" en consonancia con la misma terminología utilizada por el art. 10 de la Ley 23.660, de manera tal que surge claramente la obligación del Fondo Solidario de redistribución de solventar dichas prestaciones en los términos y costos fijados por la reglamentación que al efecto dictó la ANSSAL, que para el periodo que se reclama fue determinado en la suma de \$40 por cada beneficiario (decreto n° 492/95).

Resaltó que en el caso concreto, la Obra Social actora tiene como beneficiarios a los trabajadores de la construcción, cuya actividad está signada por la carencia de estabilidad en el empleo y en consecuencia el constante tránsito entre el desempleo y el nuevo empleo que agrava el esquema analizado. Añadió que el Estatuto de la Construcción (ley n° 22.250) cuenta con un sistema protectorio de desempleo particular precisamente por la situación de precariedad de los trabajadores que pertenecen a este ente colectivo. Dicha particularidad justifica la necesidad de cubrir los gastos de la obra social respecto de aquellos beneficiarios con sucesivos cambios habituales en situación de empleo y extinción del vínculo frecuente. De lo contrario, agregó, se le cargaría a la Obra Social una obligación prestataria de alto costo sin contar con los recursos para afrontarlo, lo cual se apartaría del principio de igualdad.

-II-

Contra tal pronunciamiento, la demandada dedujo el recurso extraordinario, el que contestado fue concedido (v. fs. 291/304, fs. 407/416, fs. 434).

La recurrente se agravia - en síntesis - porque a su entender se afectaron diversos derechos y garantías constitucionales. Menciona en primer término el principio de legalidad en cuanto incumple con lo normado por las leyes federales 23.660 y 23.661, pues por intermedio del Fondo Solidario de Redistribución se obliga a la demandada a una medida que no surge impuesta por ninguna ley. Afirma que resulta

claro y taxativo que por el período de tres meses posterior al distracto y cumplidas las pautas exigidas, según el texto expreso del art. 10 de la ley 23.660, son las Obras Sociales las que deben cubrir obligatoriamente a sus afiliados aún ante la inexistencia de aportes. Sostiene que en la solución propuesta se evidencia un apartamiento del texto legal y una vulneración del derecho de defensa en juicio en cuanto se omitió tratar las normas que regulan el Sistema Nacional de Seguro de Salud. Denuncia que se afectó la división de poderes en cuanto la interpretación del art. 10 de la ley 23.660 con el correlato efectuado del art. 24 de la ley 23.661 se incurrió en una actividad eminentemente legislativa. Agrega también que se provocará un daño patrimonial con consecuencias en el Sistema Nacional de Seguro de Salud estatuido por las mencionadas leyes 23.660 y 23.661. Entiende que de seguirse con el fallo cuestionado se produciría una gravedad institucional porque la compensación del aporte de todas aquellas personas que se encuentren en la situación del art. 10 de la ley 23.660 estarían en la posibilidad de un inminente quebranto del sistema solidario del seguro de salud.

Enfatiza que la compensación reclamada no puede prosperar porque el Fondo Solidario de Redistribución compensa de manera automática sobre la base de la nómina salarial y si no hay salario, como el caso de aquél que extinguió la relación, no hay compensación posible, pues reitera que si no hay aporte no hay compensación. Comenta que la Resolución 633/96 del MSyAS que anteriormente reconocía el derecho que se reclama fue derogada por el decreto n° 504/98. Puntualiza que no se tiene en cuenta en el fallo que la situación denunciada se encuentra cubierta por la Ley Nacional de Empleo (n° 24.013) y por lo tanto, afirma, la situación de los que extinguieron el vínculo deberían ser cubiertos por el Fondo Nacional de Empleo y no por el Fondo Solidario de Redistribución. Agrega que ello se encuentra reconocido por el arto 119 de la Ley de Empleo (24.013) y Resolución n° 1203/03 que dispone que los beneficiarios titulares y el grupo familiar primario por el cual percibe las asignaciones familiares tendrán derecho a continuar recibiendo cobertura médica mientras dure la prestación por desempleo.

-III-

Considero que el recurso extraordinario es formalmente admisible por cuanto se halla en tela de juicio la interpretación de normas que revisten carácter federal y la decisión definitiva fue contraria al derecho que la recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48). Al respecto, cabe tener presente que, en la tarea de esclarecer la inteligencia de aquel tipo de normas, la Corte no se encuentra limitada por

las posiciones del *a quo* ni de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (doctrina de Fallos: 323:1491 y sus citas); el que -no es ocioso apuntarlo- involucra aquí, *prima facie*, cuestiones concernientes al funcionamiento del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que compromete a las Obras Sociales y a las restantes prestadores de servicios médicos. Asimismo, corresponde examinar las causales de arbitrariedad planteadas por el recurrente en la medida en que ellas se encuentran inescindiblemente unidas a la cuestión federal referida (Fallos 314:529; 315:511, 321:704, entre otros).

En cuanto al primer agravio referido al planteo con fundamento en la vulneración del principio de legalidad, opino que no se advierte configurada tal afectación en la medida que el *a quo* antes que prescindir del texto legal aplicable lo tiene en cuenta, en cuanto hace una interpretación armónica del art. 10 de la ley 23.660 y el art. 24 de la ley 23.661 sin que se advierta la ilegitimidad que se predica.

En efecto, el *a quo* interpretó que la Obra Social debe recibir un aporte del Fondo Solidario de Redistribución para sostener la cobertura del beneficiario, en el transcurso de los tres meses posteriores a la extinción de vínculo laboral, como impone el art. 10 de la ley 23.660, lapso durante el cual el agente del seguro de salud no recibe aportes del afiliado, ni contribuciones del empleador.

Dicha norma establece -en lo que interesa y es motivo de debate - que en caso de extinción del contrato de trabajo, el carácter de beneficiario otorgado en el inciso a) del artículo 8 y en los incisos a) y b) del artículo 9 de ley n° 23.660, se mantendrá durante un período de tres (3) meses, contados desde su distracto, sin obligación de efectuar aportes (inciso a, del art. 10 de la ley 23.660). El texto legal citado no expresa con qué recursos se hará la cobertura de los trabajadores que hayan extinguido el vínculo, en cambio sí regula expresamente que ellos mantendrán la calidad de ‘beneficiarios’. A su vez, en el párrafo final de la citada norma, se faculta a la autoridad de aplicación para resolver los casos no contemplados, como también los supuestos y condiciones en que subsistirá el derecho al goce de las prestaciones del trabajado; o su grupo familiar primario, pudiendo ampliar los plazos de las coberturas cuando así lo considere, pero no surge que se autorice a dicho poder público imponer a las obras sociales la carga de solventar la cobertura a los beneficiarios inactivos por extinción del contrato de trabajo, con lo recaudado por los aportes y contribuciones de los que se encuentran en actividad.

El planteo de la recurrente con fundamento en que el Fondo Solidario de Redistribución compensa de manera automática sobre la base de la nómina salarial y que si no hay salario, como el caso de aquél que extinguió la relación, no hay compensación posible, omite tener en cuenta que el art. 24 de la ley 23.661, también destina sus fondos a las personas sin cobertura y carentes de recursos (inciso a); atiende los gastos administrativos y de funcionamiento (inciso b, punto 1); subsidia a los de menores ingresos para equiparlos a los niveles de cobertura obligatoria (inciso b, 2); apoya financieramente a los agentes del seguro, en calidad de préstamos, subvenciones y subsidios (inciso b, punto 3); financia planes y programas de salud destinados a beneficiarios del seguro (inciso b, punto 4). Es decir, que la inquietud del recurrente sustentada en que si no hay salario no hay compensación posible, no asume que dicho art. 24 de la ley 23.661 distribuye sus fondos en muchos supuestos en que no hay una base salarial de apoyo para compensarlo. Sin perjuicio de tener en cuenta, para el caso, que la distribución automática motivo de interpretación y aplicación por el a quo, se advierte que expresamente señala que tiene el propósito de equiparar niveles de cobertura obligatoria (art. 24, inciso b. 2 de la ley 23.661); por lo tanto, si cubre a los de menores ingresos se justifica que también cubra a los que no tienen ninguno, como en el caso que solamente debe hacerlo por tres meses.

Tampoco alcanza para descalificar el sustento de la sentencia que hizo hincapié en los términos del mencionado art. 24, en cuanto el a quo hace referencia exclusivamente a “beneficiario” en consonancia con la misma terminología utilizada por la norma que impone la cobertura en debate. En efecto, el mencionado artículo 24, dispone que los recursos del Fondo Solidario de Redistribución se destinan, entre otras cosas, “... para su distribución automática entre los agentes, con el fin de subsidiar a aquellos que, por todo concepto perciban menores ingresos promedios por beneficiarios obligados, con el propósito de equiparar niveles de cobertura obligatoria, según la reglamentación que establezca la ANSSAL ...” (art. 24, inc. b, ap. 2 de la 23.661). Por tal motivo, es que el a quo dio relevancia al término “beneficiario” tal como lo denomina el art. 10 de la Ley 23.660, para entender que el Fondo Solidario de Redistribución debe asistir a los agentes de seguro de salud, sujeto a los términos y costos fijados por la reglamentación que al efecto dictó la ANSSAL (v. fs. 285, párrafo 6°).

Desde esa perspectiva, el examen de la norma de fondo por la decisión apelada en cuanto a los denominados niveles de solidaridad que preside todo el sistema de la seguridad social (v. fs. 285, párrafo 1°) y del cual se desprende el fundamento del por qué es, en definitiva, la solución

para la obra social reclamante para realizar la cobertura de salud a los beneficiarios que no ingresan recursos al sistema por tres meses, encuadrados en el art. 10 de la ley 23.660, no se advierte irrazonable de lo contrario debería ser asumido por la Obra Social sin que tenga la afectación de recursos para tal fin, alterando el esquema contributivo que caracteriza al sistema. Por tal razón cobra sentido que tales beneficiarios especiales deban ser cubiertos por un sistema que comprenda el principio de solidaridad como es el funcionamiento del Fondo de Distribución, al cual se aporta un porcentaje de los recursos que se obtienen sobre la base de los contribuyentes al sistema. Además el recurrente no demuestra que tal extremo importa por sí un quebranto del sistema de redistribución solidario del seguro de salud, y que de tal manera produzca una gravedad institucional por la compensación del aporte de todas aquellas personas que se encuentren en la situación del art. 10 de la ley 23.660.

Tampoco parece alterado el texto legal, en la medida que, con la misma redacción de la ley, por un período determinado, existió una norma de rango inferior (Resolución n° 633/96 del MSyAS, art. 10) que reglamentaba expresamente la redistribución que ahora se admite en el pronunciamiento y no hubo ninguna manifestación por parte de la autoridad de aplicación que expresara que dicha resolución fuese contraria al sentido que intentó dar el legislador a la norma de fondo y que ahora receptan los jueces. El art. 10 de la Res. 633/96 del MSyAS disponía que *“...no podrán ejercer derecho de opción [a] los despedidos durante el período de TRES (3) meses posteriores al distracto laboral, quedando su cobertura durante dicho período a cargo de la Obra Social a la que encontraban afiliados. Al final de la norma disponía “[. . .] la dirección General Impositiva (DGI) tomará las medidas necesarias que permitan la transferencia de fondos a la Obra Social para garantizar la cobertura de los indicados en los incisos [a], por un monto de Pesos Cuarenta (\$40) por titular y grupo familiar”*. Si tal norma reglamentaria, en su momento, no alteraba en sustancia el texto legal, no habría motivo razonable para entender que la decisión que interpreta la ley de fondo en el mismo sentido que dicha reglamentación adoleciera de ilegitimidad, pues no se advierte que se altere el contenido de la ley aplicable. El juzgador la interpretó en ese mismo sentido, máxime que la derogación por decreto de la resolución (Decreto 504/98, art. 18) fue de manera genérica y no específica, pues tuvo por finalidad sistematizar y adecuar la reglamentación del derecho de opción de cambio de los beneficiarios del Sistema Nacional de Seguro de Salud, sin que de sus consideraciones, ni de su articulado surgieran razones del porque se suprimió la resolución en dicho punto, por lo que el sentido que intentó imprimir el legislador

en el art. 10 de la ley 23.660 y el art. 24, inciso b.2 de la ley 23.661 -y que es receptado por los jueces de la Cámara- no pudo verse alterado porque un decreto haya derogado sin explicación alguna y en forma genérica la resolución 633/96 desde que la finalidad central de ambos se refería a la sistematización del ejercicio del derecho a opción de cambio de obra social cuyo contenido central regulaba el derecho de los beneficiarios a elegir las Obras Sociales.

Por último, la recurrente plantea que el reclamo dirigido al Fondo Solidario de Redistribución es improcedente por cuanto, a su entender, correspondería haber dirigido la pretensión al Fondo Nacional de Empleo conforme el inciso b, del artículo 119 de la ley 24.013. Sin embargo, como bien lo señala la actora en la contestación al recurso extraordinario federal (v. fs. 412/413), para los trabajadores de la construcción rige la ley 25.371 (v. asimismo art. 112 2º párrafo de la ley 24.013) que genera un sistema de prestaciones por desempleo propio, por las particularidades de dicha actividad. En tal sentido rige la Resolución n° 1203/03 en cuanto dispone que la cobertura de salud, en situación de desempleo, en este sistema opera después que el trabajador cesó en la cobertura asistencial que prevé el art. 10 de la ley 23.660 (art. 3, inciso b), razón por la cual no es alcanzado por la norma que invoca la recurrente en su defensa.

-IV -

Por lo expuesto, considero que corresponde desestimar el recurso deducido. Buenos Aires, 13 de junio 2011. *Marta Beiró de Gonçalves.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 26 de agosto de 2014.

Vistos los autos: “O.S.PERS. de la Construcción c/ Est. Nac. -M° de Salud y ACC. SOC.-SUPERINT. SERV. DE SALUD- s/ ejecución Ley 23.660”.

Considerando:

1º) Que la Obra Social del Personal de la Construcción (en adelante, OSPECÓN) dedujo demanda por cobro de pesos contra el Estado

Nacional, el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación y la Superintendencia de Servicios de Salud con el objeto de que se ordenara, por intermedio de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), liquidar y transferir a su cuenta los fondos correspondientes a la compensación establecida en el art. 24 del Anexo II del decreto 576/03 respecto de los trabajadores incluidos en el inc. a) del art. 10 de la ley 23.660. Fundó su petición en lo normado por los decretos 576/93, 292/95, 492/95 y leyes 23.660 y 23.661.

2º) Que la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social revocó la sentencia del juez de primera instancia e hizo lugar a la demanda (fs. 284/286). Para decidir de esa manera, el tribunal sostuvo que el régimen de obras sociales era un sistema de gestión delegada por el Estado Nacional –obligado a otorgar los beneficios de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable, según el art. 14 bis de la Constitución Nacional– en las obras sociales, lo que en manera alguna significaba que pudiese desligarse, sino que debía hacer vigente el rol subsidiario frente a los individuos y a las sociedades intermedias que por diversas razones no pudiesen afrontar el otorgamiento de prestaciones cuando estas ocurran.

Señaló que aun cuando pareciera no existir una norma explícita en la ley 23.660 que determine la concreta obligación del Estado de hacer frente a la financiación de las obras sociales en el período de tres meses indicado en el art. 10 de la ley 23.660, no era menos cierto que, frente a un subsistema contributivo como el de las obras sociales, alguien debía financiar las prestaciones por dicho período, y que para tal fin, la ley 23.661 había creado un régimen de asistencia financiera con el objetivo fundamental de proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, a través del subsidio previsto por su art. 24.

Agregó que la situación de autos debía resolverse a la luz de los principios básicos de la seguridad social; que el Sistema Integral de Seguridad Social estaba basado en la responsabilidad individual, la solidaridad y la función supletoria del Estado; que las obras sociales participaban del concepto sustantivo de seguro social, y que la gestión de tales seguros estaba delegada en una sociedad intermedia administrada por los propios interesados con participación del Estado, que no sólo ejerce el poder de policía, sino que también es parte en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones.

3º) Que, asimismo, el tribunal sostuvo que en el mensaje de elevación de la ley 23.661 se había hecho referencia a tres niveles de solidaridad que se verían reflejados en la norma: a) la obligación individual de efectuar aportes y contribuciones (solidaridad grupal de los beneficiarios); b) la integración del Fondo Solidario de Redistribución formado por aportes de todas las obras sociales, y c) la intervención del Estado mediante los aportes del presupuesto nacional, especialmente para contribuir a afrontar los gastos que demanda extender la cobertura a los desprotegidos.

El a quo advirtió que en el período por el cual se demandaba el reconocimiento del derecho (junio de 1998), la obra social actora tenía la obligación legal de cubrir la prestación médica asistencial a los beneficiarios en los términos del art. 10 de la ley 23.660, sin recibir los fondos necesarios para cumplir con esa obligación, por lo que entraba a jugar el segundo y tercer nivel de solidaridad, esto era, percibir el subsidio del Fondo y, si correspondiese, del presupuesto nacional.

Afirmó que no existía el vacío legal aludido por el juez en virtud de la derogación de la Resolución MSyAS n° 633/96 por el decreto 504/98, dado que del espíritu del legislador surgía la responsabilidad del sistema de proveer de los recursos suficientes para que los agentes de salud cubriesen las prestaciones médicas obligatorias, fuese mediante los aportes y contribuciones como también por la solidaridad de los otros agentes y del propio Estado.

4º) Que la cámara también destacó que el art. 10 de la ley 23.660 consideraba como “beneficiario” al trabajador no aportante y que el art. 24, inc. b, ap. 2, de la ley 23.661 disponía que los recursos del Fondo Solidario de Redistribución se destinaran, entre otras cosas, “para su distribución automática entre los agentes, con el fin de subsidiar a aquellos que, por todo concepto perciban menores ingresos promedios por beneficiario obligado, con el propósito de equiparar niveles de cobertura obligatoria, según la reglamentación que establezca la ANSSAL”.

Añadió que ambas normas hacían referencia exclusivamente al “beneficiario”, de manera que surgía claramente la obligación del citado fondo de solventar dichas prestaciones en los términos y costos fijados por la reglamentación dictada, que para el período que se reclamaba había sido determinado en la suma de \$ 40 por cada beneficiario

(decreto 492/95); y que si el propio Poder Ejecutivo había dispuesto integrar la diferencia para evitar descompensaciones financieras de los agentes de salud, con más razón debía solventar la totalidad del mismo en caso de ausencia de aportes.

5º) Que, por último, la cámara hizo hincapié en que, en el caso concreto, la obra social tenía como beneficiarios a los trabajadores de la construcción, actividad que estaba signada por la carencia de estabilidad en el empleo, lo que agudizaba el problema en análisis. Mencionó al sistema de la ley 22.250 como protectorio del desempleo precisamente por la situación de precariedad de la relación laboral, lo que justificaba aún más la necesidad de cubrir los gastos de la obra social de dichos beneficiarios que constantemente transitaban del trabajo al no trabajo, pues de lo contrario se cargaría a dicho agente con una obligación prestataria de alto costo, sin que contase con los recursos necesarios para afrontarlo, lo que se apartaría del principio de igualdad que regía en situaciones como la de autos.

6º) Que contra este pronunciamiento la Superintendencia de Servicios de Salud interpuso el recurso extraordinario que fue concedido a fs. 434.

La recurrente alega la existencia de cuestión federal por encontrarse en juego la interpretación de las leyes 23.660 y 23.661, las que a su entender han sido valoradas de manera arbitraria. Sostiene que la cámara vulneró los principios de división de poderes y de legalidad, pues la obliga a cumplir con una medida que no surge impuesta por ninguna ley, apartándose de lo taxativamente establecido en el art. 10 de la ley 23.660 que establece que las obras sociales deben cubrir obligatoriamente a sus afiliados por el plazo de tres meses posteriores al distracto laboral aún ante la inexistencia de aportes, incurriendo en una actividad eminentemente legislativa.

Añade que el Fondo Solidario de Redistribución distribuye sus recursos de manera automática sobre la base de la nómina salarial y si no hay salario, como ocurre en los casos de extinción de la relación laboral, no hay compensación posible pues no hay aporte. Advierte que, si el referido fondo debe compensar a todas y a cada una de las obras sociales el aporte de las personas que se encuentren en la situación del citado art. 10 de la ley 23.660, se produciría el desfinanciamiento y quebranto del sistema solidario del seguro de salud.

Por último, señala que si bien es cierto que la resolución 633/96 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación reconocía el derecho reclamado por la obra social actora, aquella fue derogada por el decreto 504/98, y que es el Fondo Nacional de Empleo el que tendría que aportar la cotización mínima reclamada en autos.

7º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible, pues se encuentra en juego la interpretación de normas de naturaleza federal leyes -23.660 y 23.661- y el pronunciamiento apelado ha sido contrario al derecho que la codemandada fundó en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

En este sentido, corresponde señalar que la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos expresados por las partes o por el a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (conf. Fallos: 307:1457; 310:2682; 311:2553; 319:2931; 327:5416, entre muchos otros). Asimismo, los agravios fundados en la arbitrariedad de la sentencia serán tratados en forma conjunta por encontrarse inescindiblemente vinculados a la cuestión federal.

8º) Que a los efectos de una adecuada comprensión de las cuestiones planteadas, con anterioridad a ingresar en su examen corresponde destacar que tanto el régimen de las obras sociales como el Sistema Nacional de Seguros de Salud (leyes 23.660 y 23.661) forman parte de los derechos y garantías del art. 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que *“El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes...”*.

Esta Corte ha destacado los fines de justicia social que inspiran a la citada norma, así como también ha establecido que su contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización, contando con categoría constitucional el principio de hermenéutica jurídica *in dubio pro justitia socialis* (conf. Fallos: 289:430; 290:179; 291:587; 327:3753 y 328:1602).

En tal sentido, en causas vinculadas a la seguridad social, el Tribunal ha interpretado que dicha materia rebasa el cuadro de la justicia conmutativa que regula prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta, para insertarse en el de la justicia social, cuya exigencia fundamental consiste en la obligación, de quienes forman parte de una determinada comunidad, de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella (conf. Fallos: 306:838 y 322:215).

9º) Que las obras sociales constituyen agentes propios de la seguridad social por cuyo intermedio -como afirma el tribunal de alzada- el Estado cumple con la manda constitucional de otorgar tales beneficios, de modo que para su organización y para su financiamiento, tales entes deberán adecuarse a los principios que se encuentran inmersos en el sistema, entre los que sin lugar a dudas se encuentra el de solidaridad.

De esto último dan cuenta los antecedentes parlamentarios de la ley 23.661, en donde se hace expresa referencia al citado precepto como uno de los fundamentos del régimen de seguro de salud propuesto y a que con el sistema se busca dar cabal cumplimiento a insoslayables principios de seguridad social que garantizan una más justa distribución de esfuerzos y beneficios del conjunto de la población.

10) Que de esta manera, el art. 2º de la ley 23.661 expresa con claridad que el objetivo fundamental del Sistema Nacional del Seguro de Salud es el de proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva.

11) Que dentro de dicho esquema, el art. 10, inc. a, de la ley 23.660 dispone que *“en caso de extinción del contrato de trabajo, los trabajadores que se hubieran desempeñado en forma continuada durante más de tres (3) meses mantendrán su calidad de beneficiarios durante un período de tres (3) meses, contados de su distracto, sin obligación de efectuar aportes”*, lo que puede resumirse en el deber que tiene la obra social como agente del sistema de seguro de salud de prestar la cobertura correspondiente durante dicho lapso, sin percibir por ello los correspondientes aportes y contribuciones para su cumplimiento.

12) Que asimismo, el art. 24, inc. b, ap. 2, de la ley 23.661 establece que los recursos del Fondo Solidario de Redistribución serán destinados para su distribución automática entre los agentes, con el fin de subsidiar a aquéllos que, por todo concepto perciban menores ingresos promedios por beneficiario obligado, con el propósito de equiparar niveles de cobertura obligatoria "...según la reglamentación que establezca la ANSSAL'.

13) Que sentado ello, cabe señalar que la cuestión principal sometida a examen del Tribunal se encuentra limitada a determinar si la obra social actora tiene derecho a percibir de la Superintendencia de Seguros de Salud, a través del Fondo Solidario de Redistribución (art. 24 de la ley 23.661), la suma de dinero equivalente y necesaria para financiar la citada cobertura obligatoria de los tres meses posteriores a la extinción del contrato de trabajo.

14) Que el citado asunto no puede estudiarse sin tener en cuenta que la Obra Social del Personal de la Construcción posee particularidades que la distinguen del resto en lo que respecta a los beneficiarios que la integran. En efecto, la citada entidad tiene como beneficiarios al personal que se desempeña en la industria de la construcción, actividad que se encuentra regida por un estatuto especial –la ley 22.250, modificada por las leyes 25.371 y 26.494-, distinto del régimen laboral común.

Dicha actividad se caracteriza por la falta de estabilidad en la relación laboral –en Fallos:290:179 y 291:587 se la califica como versátil-, lo que implica no percibir aportes y contribuciones con la misma periodicidad con que lo reciben otros agentes del sistema, dato que no puede resultar menor si se considera que la actora se encuentra inmersa en un sistema contributivo y está obligada a brindar la cobertura médica en los tres meses posteriores a la extinción del vínculo sin percibir por ello aportes y contribuciones. Esto último sumado a la precariedad en la percepción de aportes y contribuciones sin dudas repercute de alguna manera en su funcionamiento.

15) Que sobre la base de lo anteriormente expresado cabe señalar que, en lo que respecta al agravio relacionado con la invocada violación del principio de legalidad al declarar el derecho de la obra social a percibir del Fondo Solidario de Redistribución una suma de dinero por beneficiario no aportante comprendido en el art. 10, inc. a, de la ley 23.660, el a quo ha efectuado una razonable interpretación armónica de

los arts. 10 de la ley 23.660 y 24 de la ley 23.661, de la voluntad del legislador al instaurar el sistema y de los principios que rigen la materia.

16) Que ello es así pues, la solución dada al caso por el a quo con fundamento en el principio de solidaridad que sostiene, junto con otros, al sistema de seguridad social –sin que dicho argumento haya sido objeto de una crítica suficiente que conduzca a dar una inteligencia diferente a las normas en cuestión–, permite que la obra social actora, con las características que la identifican pueda hacer frente a la cobertura de salud obligatoria de aquellos beneficiarios durante los tres meses contemplados por el art. 10 de la ley 23.660 en los que no ingresará una contribución al sistema, mediante recursos que percibirá del citado Fondo Solidario de Redistribución.

Este fondo ha sido creado con la finalidad de brindar apoyo solidario frente a diversas situaciones de necesidad que puedan generarse en el sistema nacional del seguro de salud. Ello es lo que surge, como voluntad del legislador, del debate parlamentario de la ley 23.661 donde se alude expresamente a su instauración para equilibrar las finanzas y prestaciones de las obras sociales más débiles (ver debate parlamentario de la ley 23.661, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, sesión del 2 de julio de 1987, diputado Cáceres, pág. 2374; sesiones del 16 y 17 de julio de 1987, diputados Pellin y José Rodríguez, págs. 2764 y 2774, respectivamente; Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, sesiones del 24 y 25 de agosto de 1988, senador Berhongaray, pág. 2217).

17) Que en relación con el citado fondo y el destino que según la ley debe darse a sus recursos, aun cuando el apartado b, inc. 2, del art. 24 de la ley 23.661 relaciona su distribución automática con los aportes mínimos que perciban algunos agentes, también es cierto que no sujeta dicho destino sólo a la existencia de una base salarial con un aporte de fondo para compensar. Basta realizar una lectura de los diferentes incisos del citado artículo para advertir que en esa norma se pone de manifiesto el principio de solidaridad.

En efecto, los recursos con que cuenta el mencionado fondo se destinan a cubrir diferentes contingencias que no encuentran una compensación salarial directa, tales como brindar apoyo financiero a las jurisdicciones adheridas con destino a la incorporación de las personas sin cobertura y carentes de recursos (con aportes del Presupuesto General de la Nación); atender gastos administrativos y de funciona-

miento; apoyar financieramente a los agentes del seguro, en calidad de préstamos, subvenciones y subsidios, y financiar planes y programas de salud destinados a beneficiarios del seguro (art. 24, incs. a y b, apartados 1, 3 y 4, de la ley 23.661).

18) Que por lo demás, habida cuenta de que en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 bis de la Constitución Nacional confiere carácter integral, los conflictos originados por su funcionamiento deben apreciarse con un criterio que no desatienda sus fines propios.

En consecuencia, si el Sistema Nacional de Seguros de Salud dentro del cual se desempeña la obra social actora que presenta las características ya mencionadas, tiene como función específica y obligación primordial brindar una prestación médica igualitaria, integral, humanizada y óptima (art. 2º de la ley 23.661), y dentro de dicho régimen el Fondo Solidario de Redistribución, en cumplimiento de una función netamente solidaria, subsidia a los agentes que reciben de sus beneficiarios aportes que no alcanzan el mínimo, no cabe concluir sino que la interpretación otorgada a las normas por la cámara resulta acorde con la finalidad y el funcionamiento del sistema.

19) Que al margen de que el régimen de la ley 22.250 –modificada por las leyes 25.371 y 26.494– prevé un Fondo de Cese Laboral que difiere del Fondo Nacional de Empleo de la ley 24.013, lo cierto es que este último fondo tampoco resultaría aplicable al caso pues la Resolución 1203/2003 de la ANSeS que establece la cotización mínima mensual que se liquidará a favor de las obras sociales a las que hubiere aportado el beneficiario de la prestación por desempleo, dispone que ello sólo se otorgará respecto de aquellos trabajadores que acrediten, entre otros requerimientos, haber cesado en la cobertura asistencial que prevé el art. 10, inc. a, de la ley 23.660.

20) Que, a mayor abundamiento, corresponde hacer hincapié en que el tribunal de alzada ha reconocido el derecho de la actora en los mismos términos en que era contemplado por la Resolución del MSyAS nº 633/96, que en su artículo 10 establecía en forma expresa el obligado al pago de la cobertura, que no era la obra social.

Dicha norma, al restringir el ejercicio del derecho de opción de cambio de obra social a los trabajadores despedidos durante el período

de tres meses posteriores al distracto laboral, quedando su cobertura durante dicho período a cargo de la entidad a la que se encontrase afiliado, disponía que “... la Dirección General Impositiva (DGI) tomará las medidas necesarias que permitan la transferencia de fondos a la Obra Social para garantizar la cobertura de los indicados..., por un monto de pesos cuarenta (\$ 40) por titular y grupo familiar primario”.

El decreto 504/98, que al sistematizar y adecuar la reglamentación del citado derecho de opción, implicó el reemplazo de la citada resolución –que fue expresamente derogada-, dejó de lado esta última disposición; las sucesivas normas que reglamentaron el ejercicio de tal derecho, al igual que el mencionado decreto, no hicieron referencia a la inconveniencia de lo que disponía la resolución; ninguna otra norma fijó en cabeza de las obras sociales la obligación de hacerse cargo del costo de dicha cobertura y la autoridad de aplicación no ha expresado que tal resolución, en lo que interesa al caso, habría resultado contraria al sentido que quiso dar el legislador a la norma de fondo y que ahora se recepta.

Por ello y oída la Sra. Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase las actuaciones.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)— CARLOS S. FAYT (*en disidencia*)— ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DE LA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON
DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que la Obra Social del Personal de la Construcción (en adelante OSPECON) demandó por cobro de pesos al Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Superintendencia de Servicios de Salud), con el objeto de que se le ordene a este último liquidar y transferir los fondos correspondientes al subsidio estableci-

do en el art. 24, inc. b), ap. 2, de la ley 23.661 y en el art. 24 del anexo II del decreto 576/93 con relación a otro supuesto: el de los trabajadores incluidos en el inc. a) del art. 10 de la ley 23.660. Ello, por el período que se reclamó (junio de 1998) y en las liquidaciones posteriores mensuales regulares (fs. 24/28).

La actora pretendió que el subsidio automático establecido a favor de las obras sociales –previsto en el decreto 576/93 recién mencionado, para aquellos beneficiarios que percibieran menores ingresos, con el propósito de equiparar niveles de cobertura obligatoria y con los que garantizaba \$20 de cotización mínima mensual por beneficiario– se haga extensivo a aquellos previstos en la ley 23.660 (art. 10, inc. a). Esto es, a las personas que continúan beneficiadas por su obra social durante los tres meses posteriores al distracto laboral, sin obligación de efectuar aportes.

2º) Que la Sala I de la Cámara Federal de Seguridad Social, al revocar el pronunciamiento de la instancia anterior, hizo lugar al reclamo de OSPECON declarando el derecho a percibir por parte de la demandada la suma de \$40 (monto actualizado por el decreto 492/95) por cada beneficiario no aportante comprendido en el art. 10, inciso a) de la ley 23.660 (fs. 284/286). Contra esta decisión, la parte demandada dedujo recurso extraordinario –contestado a fs. 421/431 y concedido a fs. 434–.

3º) Que el remedio federal es formalmente admisible en cuanto se halla en tela de juicio la interpretación de normas que revisten carácter federal y la decisión definitiva fue contraria al derecho que la recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3º de la ley 48). En el caso, también se han invocado causales de arbitrariedad que son inescindibles de aquellos temas federales en discusión y deben ser examinadas conjuntamente (Fallos: 323:1625, entre muchos otros), tarea para la cual esta Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos expresados por las partes (Fallos: 323:1491 y sus citas, entre muchos otros).

4º) Que el a quo, al resolver las cuestiones planteadas, resaltó que “el que está obligado esencialmente a otorgar los beneficios de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable, es el Estado según el art. 14 bis de la Constitución Nacional, que, en el caso concreto, delega esa facultad en las obras sociales”. En ese sentido, se refirió a tres niveles de solidaridad que “se reflejan en la

práctica en la obligación individual de hacer aportes y contribuciones (art. 16 de la ley 23.660), en la integración del Fondo Solidario de Redistribución a que alude el art. 24 de la ley 23.661 y a la necesaria intervención del Estado en cuanto tal, a través del presupuesto nacional (art. 14 bis de la CN)”.

Puntualizó que en el caso concreto “en el período por el cual se solicita se declare la existencia de derecho... (junio de 1998), la obra social actora tenía la obligación legal de prestar la prestación médica asistencial a los beneficiarios en los términos del art. 10 de la ley 23.660 y por el contrario no recibía los fondos necesarios para cumplir con dicha obligación... (E)ntra a jugar el segundo y tercer nivel de solidaridad a que hacían alusión el poder ejecutivo y es así como nace la puesta en marcha de recibir el subsidio del Fondo y en su caso, si así correspondiese, del presupuesto nacional.

En la resolución que se recurre la Sra. Juez a quo resolvió rechazar la demanda en el entendimiento que derogada que fue la Res. 633/96 del M.S. y A.S. por el Dec. 504/98, existía un vacío legal.

Tal criterio no puede mantenerse debido a que tal vacío no existe. En efecto cabe analizar el espíritu del legislador, que en todo momento surge de los debates previos a la promulgación, que ha destacado la responsabilidad del Sistema de proveer de los recursos suficientes para que los agentes de salud cubran las prestaciones médicas obligatorias, ya sea a través de los aportes y contribuciones como también a través de la solidaridad de los otros agentes de salud y del propio Estado por su obligación primaria de garantizar salud (conf. art. 14 bis de la Constitución Nacional)”.

Por otro lado, observó que la ley 23.660 “ha considerado como beneficiario a aquel trabajador no aportante al sistema que hubiera desempeñado servicios por más de tres meses, hasta tres meses de extinguida la relación laboral (conf. art. 10 de la ley 23.660) permitiéndole gozar de la prestación de salud provista por la Obra Social.

Sentado ello, por su lado el art. 24 inc. b) ap. 2 de la ley 23.661, dispone que los recursos del Fondo Solidario de Redistribución se destinan entre otras cosas ‘para su distribución automática entre los agentes, con el fin de subsidiar a aquellos que, por todo concepto perciban menores ingresos promedios por **beneficiario** obligado, con el propósito

de equiparar niveles de cobertura obligatoria, según la reglamentación que establezca la ANSSAL. (Lo destacado no es original).

Se debe destacar que los términos del art. 24 de la ley 23.661 hacen referencia exclusivamente a ‘beneficiario’ en consonancia con la misma terminología utilizada por el art. 10 de la ley 23.660, de manera tal que surge claramente la obligación del Fondo Solidario de Redistribución de solventar dichas prestaciones en los términos y costos fijados por la reglamentación que a tal efecto dictó la ANSSAL, que para el período que se reclama fue determinado en la suma de \$40 por cada beneficiario (decreto 492/1995)”.

Asimismo, señaló que “si el propio Poder Ejecutivo ha dispuesto integrar la diferencia para evitar descompensaciones financieras de los agentes de salud, con más razón debe solventar la totalidad del mismo en caso de ausencia de aportes”.

Por último, apuntó que “la obra social actora...tiene como afiliados y por ende beneficiarios a los trabajadores de la construcción, cuya actividad está signada por la carencia de estabilidad en el empleo y en consecuencia el constante tránsito entre el desempleo y el nuevo empleo, lo cual agudiza el problema...de arribar a una conclusión distinta se le cargaría a la obra social una obligación prestataria de alto costo, sin que cuente con los recursos necesarios para afrontarlos, lo cual sin duda se aparta del principio de igualdad...”.

5º) En el memorial *sub examine* la recurrente se agravia en cuanto considera conculcados diversos derechos, garantías y principios constitucionales.

Menciona en primer término el principio de legalidad en cuanto “con la decisión recaída –la que conlleva ínsita una interpretación errónea y la falta de aplicación de normas federales– se vulnera, violenta e incumple lo dispuesto por dichas leyes de carácter federal, como son la ley 23.660 y la 23.661”, pues por intermedio del Fondo Solidario de Redistribución se obliga a la demandada a una medida que no surge impuesta por ninguna ley. Afirma que “resulta claro y taxativo que por el período de tres meses posterior al distracto y cumplidas las pautas y requisitos indicados en esa norma, las Obras Sociales deben cubrir obligatoriamente a sus afiliados aún ante la inexistencia de aportes”.

Luego sostiene que en la decisión del a quo se evidencia una vulneración del derecho de defensa en juicio en cuanto omitió tratar las normas que regulan el Sistema Nacional de Seguro.

Asimismo, denuncia que se afectó la división de poderes en cuanto con la interpretación del art. 10 de la ley 23.660 con el correlato efectuado del art. 24 de la ley 23.661 se incursionó en una actividad eminentemente legislativa.

Por último, agrega que la sentencia ataca el derecho a la salud “por cuanto la misma exégesis aludida provocará inexorablemente un daño patrimonial de consecuencias catastróficas a todo el Sistema Nacional del Seguro de la Salud estatuido por las leyes 23.660 y 23.661” y, con fundamento en ello, invoca la causal de gravedad institucional.

6º) Que, sentado lo anterior, cabe señalar que la recurrente argumenta que la compensación reclamada no puede prosperar porque el Fondo Solidario de Redistribución compensa de manera automática sobre la base de la nómina salarial y si no hay salario, como en el caso de aquel que extinguió la relación, no hay compensación posible, pues reitera que si no hay aporte no hay compensación.

Por otra parte, apunta que la resolución 633/96 del MSyAS que anteriormente reconocía el derecho que se reclama fue derogada por el decreto 504/98.

Finalmente, puntualiza que no se tiene en cuenta en el fallo que la situación denunciada se encuentra cubierta por la ley 24.013 y, por lo tanto, afirma que la situación de los que extinguieron el vínculo debería ser cubierta por el Fondo Nacional de Empleo y no por el Fondo Solidario de Redistribución. Agrega que ello se encuentra reconocido por el art. 119 de la ley 24.013 y la resolución 1203/03 que dispone que los beneficiarios titulares y el grupo familiar primario por el cual percibe las asignaciones familiares tendrán derecho a continuar recibiendo cobertura médica mientras dure la prestación por desempleo.

7º) Que corresponde en un principio abordar conjuntamente los agravios del recurrente referidos a la vulneración de las garantías constitucionales citadas ya que están íntimamente relacionados.

El régimen legal que rige la OSPECON se encuentra sustancialmente en las leyes 23.660 y 23.661, ambas de naturaleza federal (conf. Fallos: 312:985).

Esta Corte ha entendido que las citadas normas fueron dictadas con base en la “cláusula del progreso” prevista en el inc. 18 del art. 75 de la Constitución Nacional. Así, ha sostenido que por la materia que regulan, parece indudable inferir que ellas tienen el propósito de “proveer lo conducente a la prosperidad del país”, en los términos del citado artículo. En esa línea argumentativa, este Tribunal ha considerado que es atribución del Congreso de la Nación legislar en una materia con base en la referida cláusula (Fallos: 302:231, 320:786).

Los incisos 18, 19 y 32 del art. 75 de la Constitución Nacional facultan al poder legislativo para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poder poner en ejercicio los poderes atribuidos al gobierno de la Nación. En consecuencia, todo aquello que es necesario y esencial para la existencia, seguridad y bienestar nacional, está comprendido dentro de los poderes de reglamentación atribuidos al Congreso.

En este orden de ideas, como también se ha sostenido reiteradamente, “es principio del ordenamiento jurídico que rige en la República que tanto la organización social como política y económica del país reposan en la ley” (Fallos: 234:82, su cita y otros).

8º) Que la actora concurrió a los estrados pretendiendo que por analogía se le otorgara judicialmente un subsidio frente a un problema financiero de flujo de fondos, consignado por las particularidades de la industria de la construcción en cuanto a la estabilidad en el empleo.

El a quo sostuvo que “si bien parecería cierto que no existe una norma explícita en la ley 23.660, que determine la correcta obligación del Estado de hacer frente a la financiación de las obras sociales en el período de tres meses indicados en el art. 10 de la ley 23.660, no es menos cierto que, frente a un subsistema contributivo como es el de las obras sociales, alguien debe financiar las prestaciones de dicho período”. En vista de las cuestiones planteadas, aquel tribunal entendió que la situación de autos debía resolverse a la luz de los principios básicos de la seguridad social y de cosmoción legislativa, insertándose en el plexo legislativo protectorio de

la salud plasmado en las leyes 23.660 y 23.661. Por ello –y luego de un análisis de los antecedentes legislativos de las normas citadas–, concluyó que “si el propio Poder Ejecutivo ha dispuesto integrar la diferencia para evitar descompensaciones financieras de los agentes de salud, con más razón debe solventar la totalidad del mismo en caso de ausencia de aportes”.

Es decir, el a quo reconoció que de la letra de la ley surge la inexistencia de la obligación en cabeza del Estado. Asimismo, que, con el fin de evitar descompensaciones financieras de los agentes de salud, es el poder ejecutivo quien en ejercicio de sus atribuciones decide subsidiar las diferencias faltantes.

De esta manera, se infiere que el tribunal fue más allá del lenguaje de la normativa, de su espíritu y de lo expresado por los miembros informantes en los debates que precedieron a la sanción de la ley en cuestión, y creó un subsidio. El a quo otorgó a la OSPECON recursos económicos –por definición limitados– mediante derivación de fondos cuya determinación, en principio, no corresponde al poder judicial.

9º) Que no debe soslayarse que los otros poderes del gobierno de la Nación se encuentran también vinculados con el propósito inspirador del dictado de la Constitución –que tanto vale como su propia razón de ser– integrado por los enunciados del Preámbulo, entre éstos el de “afianzar la justicia” y “promover el bienestar general”.

Ahora bien, dentro del sistema jurídico argentino, se adopta el principio de división de poderes que obliga a los magistrados a respetar la independencia de las otras autoridades de la Nación, sin que les sea posible juzgar el modo en que ellas ejercen sus competencias (Fallos: 254:43, 321:3236, considerando 16). Más aún, el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno (Fallos: 256:386 y sus citas).

Esta Corte ha afirmado que “existiendo la facultad de legislar en el Congreso, corresponde a éste apreciar las ventajas e inconvenientes de las leyes que dictare, siendo todo lo referente a la discreción con que hubiera obrado el cuerpo legislativo ajeno al poder judicial” (Fallos: 68:238).

No les corresponde a los jueces decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos: 318:785); ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas (Fallos: 224:810) y, menos aún, imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación (Fallos: 311:1565).

Una de las misiones de este Tribunal es velar por que se respeten los ámbitos de competencias y potestades de cada uno de los poderes del Estado y es por ello que el control judicial debe ser ejercido con la mayor mesura posible pues “la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado” (Fallos: 282:392 y su cita, 328:690, entre otros).

Por lo tanto, en un caso como el de *sub lite*, hacer lugar a la pretensión de la parte actora implicaría que el poder judicial ejerciera atribuciones que le son ajenas a sus funciones y de incumbencia propia del Congreso de la Nación –o en su defecto, como en este caso, del poder ejecutivo– (Fallos: 247:646, 259:121, entre otros).

En tales condiciones, la decisión adoptada por el a quo se aparta del principio primario de sujeción de los jueces a la ley, con arreglo al cual no deben sustituir al legislador para crear excepciones no admitidas por la norma ni efectuar una interpretación que equivalga a su prescindencia, en tanto no medie una concreta declaración de inconstitucionalidad (Fallos: 279:128; 313:1007; 329:4688).

10) Que, cabe agregar que, si bien el reclamo que expone la actora y en el que funda su presentación es revelador de una situación no contemplada por la normativa y que muestra sus inquietudes sobre el régimen de las obras sociales y el seguro de salud, no puede ser considerado ni resuelto por esta Corte toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado toda vez que la naturaleza específica de sus funciones en el marco de las instituciones fundamentales se lo impide (Fallos: 300:1282, 301:771). Así se ha sostenido con acierto que la apreciación de ciertas exigencias debe encontrar remedio en los comicios y no en los estrados de esta Corte, porque no es a ella a la que la Constitución encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75 incs. 18 y 32 de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 251:53).

Por todo lo expuesto, asiste razón al recurrente en lo que respecta a los agravios reseñados.

11) Que, por último, en atención a la forma en que se resuelve el pleito, deviene inoficioso el tratamiento de los demás agravios de la recurrente.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto en autos, y se revoca la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de recurso, rechazándose la demanda (art. 16, segunda parte ley 48). Costas por su orden, pues en razón de la complejidad de la materia que originó este pleito, y a la inexistencia de precedentes, la parte actora pudo creerse fundadamente con derecho a litigar. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional –Superintendencia de Servicios de Salud**, demandada en autos, representada por la **Dra. Silvana Mabel Albino**, en calidad de apoderada.

Traslado contestado por la **Obra Social del Personal de la Construcción**, actora en autos, representada por la **Dra. Marta Hebe Pujadas**, en calidad de apoderada.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 6**.

SEPTIEMBRE

PARACHA, JORGE DANIEL c/ DGI s/ RECURSO

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Cabe confirmar la decisión que dejó sin efecto la resolución por medio de la cual la AFIP determinó de oficio la obligación tributaria del actor -contador público- en el impuesto a las ganancias, liquidó intereses resarcitorios y le aplicó una multa en los términos del art. 45 de la ley 11.683, pues habida cuenta de que las sociedades civiles no son un responsable incluido en el art. 69 de la ley 20.628, de la legislación aplicable -art. 79 de la ley de impuesto a las ganancias, art. 8° del decreto reglamentario N° 1344/98- surge que los ingresos de esa clase de sociedades deben tributar de acuerdo con las previsiones del art. 2°, apartado 2, y sus rentas computarse dentro de la tercera categoría, principio que encuentra excepción en el supuesto en que tales rentas se originen en el ejercicio de profesiones liberales u oficios y de funciones de albacea, síndico, mandatario, gestor de negocios, director de sociedades anónimas y fideicomiso (inc. f del art. 79 ley 20.268), y en tanto esas actividades no se complementen con una explotación comercial (art. 49, último párrafo del citado ordenamiento).

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Cabe confirmar la decisión que dejó sin efecto la resolución por medio de la cual la AFIP determinó de oficio la obligación tributaria del actor -contador público- en el impuesto a las ganancias, liquidó intereses resarcitorios y le aplicó una multa en los términos del art. 45 de la ley 11.683, pues no basta que la actividad profesional desarrollada en sociedades civiles tome forma de empresa para calificar las rentas como de tercera categoría, sino que para ello se requiere que tal actividad se complemente con una explotación comercial distinta de aquélla.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Las ganancias provenientes de los servicios prestados por estudios profesionales organizados como empresas o sociedades -siempre que no se trate de sociedades de capital- encuadran en la cuarta categoría de la ley del impuesto a las ganancias, excepto el caso en que la actividad profesional se complemente con una explotación comercial.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Cabe revocar la decisión que dejó sin efecto la resolución por medio de la cual la AFIP determinó de oficio la obligación tributaria del actor -contador público- en el impuesto a las ganancias, liquidó intereses resarcitorios y le aplicó una multa en los términos del art. 45 de la ley 11.683, pues las rentas en cuestión provienen de una sociedad civil comprendida en el inciso b del artículo 49 de la ley 20.268 y, por ello, están alcanzadas por la tercera categoría, siendo los ingresos obtenidos por aquél -en carácter de socio de una sociedad civil- no una contraprestación directa por el desarrollo de manera personal de su actividad profesional, sino que derivan de su participación en una sociedad, lo que en los términos de tal normativa determina la categoría de la renta, dado que los ingresos no provienen -o al menos, no provienen solamente- del ejercicio de una actividad profesional, sino de la organización de un conjunto de factores productivos -entre ellos, el trabajo de otros profesionales que se desempeñan en relación de dependencia-, que dirige el actor junto con los restantes socios, reflejando que la fuente de las ganancias es una conjunción del capital y el trabajo, lo que es propio de la tercera categoría prevista por la ley 20.628.

-Disidencia de la jueza Highton de Nolasco. Del dictamen de la Procuración General, al que se remite-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la decisión del Tribunal Fiscal de la Nación que revocó la resolución nro. 7/07, mediante la cual la Adminis-

tración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) había determinado de oficio la obligación tributaria del actor frente al impuesto a las ganancias (períodos fiscales 2002 y 2003), con más intereses y multa (fs. 364/366 de las actuaciones principales, a las que me referiré en lo sucesivo).

Para así decidir, el tribunal *a quo* consideró que los ingresos provenientes de sociedades civiles, cuya actividad es la prestación de servicios profesionales y que no desarrollan en forma complementarla una explotación comercial, se encuentran comprendidos en la cuarta categoría del impuesto a las ganancias (renta del trabajo personal). Manifestó que el hecho de considerar a dichas sociedades como empresas no implica la existencia de una explotación comercial.

Concluyó que, en el caso, el Fisco no demostró que la actividad profesional del contribuyente como contador público y agente de propiedad intelectual fuera complementada por una explotación comercial. Por ello, sostuvo que sus ingresos se encontraban alcanzados por la cuarta categoría del impuesto, y no por la tercera (beneficios de las empresas y ciertos auxiliares de comercio), aun cuando el actor organizara su actividad profesional bajo la forma jurídica de una sociedad civil.

-II-

Disconforme con lo resuelto, la AFIP interpuso recurso extraordinario (fs. 379/394) que, denegado (fs. 412), ameritó la presentación del recurso de hecho en consideración.

Alega que las rentas obtenidas por el señor Paracha como socio de "G. Breuer Sociedad Civil" están comprendidas en el artículo 49, inciso b, de la ley del impuesto a las ganancias en tanto se trata de ingresos obtenidos por sociedades que no están incluidas en el artículo 69 de la ley. Agrega que es irrelevante la existencia de una actividad comercial complementaria porque no es aplicable al caso el último párrafo del artículo 49, que se refiere a la actividad profesional que no es desarrollada a través de la constitución de una sociedad.

Enfatiza que el actor obtiene sus rentas como integrante de una sociedad civil, y que ésta brinda servicios propios de una profesión liberal, pero organizados en forma de empresa. Agrega que se encuentra acreditada la existencia de un patrimonio para llevar adelante una tarea profesional con fines de lucro; la contratación de un elevado número de profesionales; un nivel significativo de inversión en equipamiento; la organización de una estructura jerárquica dedicada a emplear recursos humanos y materiales; un considerable volumen de las operaciones facturadas; y la distribución de utilidades entre socios

activos y dos socios con derecho especial no profesionales que no desarrollan actividad en la empresa.

Alega que no se trata de un grupo de profesionales asociados con el fin de ejercer su profesión de manera independiente, sino que constituye una sociedad civil integrada por profesionales que pueden realizar actos civiles o de comercio. Señala que esa sociedad está dirigida por un consejo de administración que toma decisiones en nombre del grupo y que factura los servicios prestados. A partir de ello, concluye que las rentas obtenidas por el señor Paracha exceden el ejercicio de una actividad profesional liberal realizada a título personal.

-III-

En mi opinión, el recurso extraordinario interpuesto fue mal denegado, en tanto cuestiona la inteligencia otorgada por el superior tribunal de la causa a normas federales —artículos 2, 49 y 79 de la ley 20.628 (texto ordenado por decreto 649/1997), y artículo 68 del decreto 1344/98 — (artículo 14, inciso 3, ley 48).

Además, la sentencia definitiva es contraria al derecho que el recurrente fundó en el derecho federal.

-IV-

En el presente caso, se encuentra controvertido si los ingresos obtenidos por el señor Paracha en su carácter de socio de “G. Breuer Sociedad Civil” están comprendidos en la tercera o en la cuarta categoría del impuesto a las ganancias, y el tratamiento tributario que corresponde dispensarle por esa razón.

A esos efectos, cabe recordar que el actor es contador y agente de la propiedad industrial, y forma parte, junto con otros profesionales, de la sociedad “G. Breuer Sociedad Civil”, que, a su vez, tiene participación en otra sociedad civil, a saber, “G. Breuer Abogados” (fs. 116/7). La primera sociedad mencionada fue constituida en 1928, cuando diversos profesionales se obligaron a aportar capital y trabajo profesional a cambio de obtener utilidades apreciables en dinero y dividirlas entre sí. Tiene por objeto la prestación de servicios profesionales tendientes a la obtención de patentes de invención, diseños y modelos industriales, marcas de fábrica y de comercio, y demás derechos de propiedad industrial; como así también brindar asesoramiento y asistencia jurídica (fs. 117). Los servicios profesionales que presta y factura la sociedad a su nombre son realizados por los socios y por una

importante cantidad de profesionales -abogados, contadores y otros profesionales- que se desempeñan en relación de dependencia. La entidad cuenta con una estructura organizativa y un patrimonio propio para llevar a cabo sus actividades lucrativas (fs. 123, 127 y 218). Además, del estatuto surge que las utilidades obtenidas por “G. Breuer Sociedad Civil” son distribuidas entre los socios y entre los cónyuges supérstites de quienes fueron socios (fs. 131).

En los ejercicios fiscales controvertidos, el señor Paracha ingresó el impuesto a las ganancias encuadrando los ingresos obtenidos en la cuarta categoría correspondiente a la renta del trabajo personal. La AFIP, luego de practicar una fiscalización, recategorizó los ingresos en la tercera categoría, que comprende a los beneficios de las empresas y de ciertos auxiliares de comercio. En virtud de ello, consideró que eran improcedentes las exenciones en concepto de diferencias de cambio declaradas por el contribuyente en tanto esa exención no comprende a los sujetos comprendidos en el artículo 49, incisos a, b y c. Por ello, la AFIP impugnó las declaraciones juradas correspondientes a los periodos fiscales 2002 y 2003, determinó de oficio la obligación tributaria, resultando una acreencia a su favor de \$34.145,60, más intereses y multa (resolución nro. 7/07).

-V-

La ley del impuesto a las ganancias distingue cuatro clases de rentas gravadas y prevé tratamientos específicos para cada una de ellas; por ejemplo, en relación con el modo de imputación de las ganancias y los gastos (artículo 18, ley 20.628), y la determinación de la exención que alcanza a las diferencias de cambios (artículos 20, inciso r, 94; Y 97, inciso a, ley citada). La primera categoría abarca a la renta del suelo, y la segunda, a la de los capitales; los ingresos de ambas clases provienen, en lo sustancial, de la mera posesión de bienes. En cambio, la tercera categoría comprende a los beneficios de las empresas y ciertos auxiliares de comercio, que derivan en forma conjunta del capital y del trabajo del titular. Finalmente, la cuarta categoría alcanza a la renta del trabajo personal, que se caracteriza por que las ganancias derivan casi exclusivamente de la labor propia del titular.

Más específicamente, el artículo 49 de la ley 20.628 define a las ganancias de la tercera categoría. Su inciso a comprende a “[l]as obtenidas por los responsables incluidos en el artículo 69” -entre otros, sociedades de capital-, y su inciso b se refiere a “[t]odas las que deriven de cualquier otra clase de sociedades constituidas en el país o de empresas uniper-

sonales ubicadas en éste”. Luego, el artículo 49 afirma en su último párrafo que “[c]uando la actividad profesional u oficio a que se refiere el artículo 79 se complementa con una explotación comercial o viceversa (sanatorios, etcétera), el resultado total que se obtenga del conjunto de esas actividades se considerará como ganancia de la tercera categoría”. Por su lado, el artículo 79, inciso *f*, afirma que constituyen ganancias de la cuarta categoría las provenientes “[d]el ejercicio de profesiones liberales u oficios y de funciones de albacea, sindico, mandatario, gestor de negocios, director de sociedades anónimas y fideicomisario [...]”.

En suma, la tercera categoría comprende a las rentas que provienen de la conjunción del capital y del trabajo. En los términos de la ley 20.628, la definición de este tipo de ganancias se centra en el sujeto que las obtiene, entre otros, las sociedades de capital y los sujetos mencionados en el artículo 69 (artículo 49, inciso *a*), y cualquier otra clase de sociedades (artículo 49, inciso *b*). De esta norma resulta que todas las rentas obtenidas por los sujetos comprendidos en el artículo 49 son consideradas de la tercera categoría, sin perjuicio de la naturaleza de la actividad generadora. En definitiva, la norma asume que en esos casos la renta obtenida no sólo es el resultado de la actividad, sino también de la modalidad de su desarrollo y organización.

En el presente caso, las rentas en cuestión provienen de una sociedad civil comprendida en el citado inciso *b* del artículo 49 y, por ello, están alcanzadas por la tercera categoría. En efecto, los ingresos obtenidos por el señor Paracha en carácter de socio de “G. Breuex Sociedad Civil” no son una contraprestación directa por el desarrollo de manera personal de su actividad profesional. Por el contrario, derivan de su participación en una sociedad, lo que en los términos del artículo 49 de la ley 20.628 determina la categoría de la renta. Es más, esos ingresos no provienen -o al menos, no provienen solamente- del ejercicio de una actividad profesional, sino de la organización de un conjunto de factores productivos -entre ellos, el trabajo de otros profesionales que se desempeñan en relación de dependencia-, que dirige el actor junto con los restantes socios. Ello refleja que la fuente de las ganancias es una conjunción del capital y el trabajo, lo que es propio de la tercera categoría prevista por la ley 20.628.

El ingreso que percibe el señor Paracha no es el resultado directo del ejercicio de una actividad, sino, fundamentalmente, de su modalidad de desarrollo, que se vincula con la existencia de una sociedad. Así, su renta es el resultado del capital invertido, de la organización de los factores de producción, y de la participación en las ganancias y en las pérdidas junto con los restantes socios. De este modo, el señor Paracha recibe un porcentaje de las utilidades totales de “G. Breuer Sociedad Civil” -y de los

ingresos de ésta por su participación en “G. Breuer Abogados”, que no configura una retribución directa por las tareas realizadas a título personal, sino por su participación en ese emprendimiento común.

Además, el estatuto de la sociedad civil prevé la participación de los cónyuges supervivientes de los socios en las utilidades del ente. Eso demuestra que los ingresos recibidos por los socios o los cónyuges supervivientes de “G. Breuer Sociedad Civil” exceden los derivados del ejercicio de una profesión liberal a título personal, y son el fruto de una conjunción entre el capital y el trabajo.

Este encuadre torna inaplicable al caso el último párrafo del artículo 49, cuyo objeto es considerar comprendidas en la tercera categoría a las rentas provenientes de la actividad profesional u oficio que no se realicen a través de una sociedad, pero se complementen con una explotación comercial. En ese caso, aun cuando no exista una sociedad o sujeto alcanzado por el artículo 49, el resultado total que se obtenga del conjunto de esas actividades se considera como ganancia de la tercera categoría.

Para más, la interpretación de los artículos 49 y 79 propuesta no puede ser alterada por normas que no tienen por objeto la definición de las diversas categorías de ganancias, entre ellas, el artículo 2 de la ley 20.628 y el artículo 68 del decreto 1344/98. Por un lado, el artículo 2 de la ley citada determina, en principio y “sin perjuicio de lo dispuesto especialmente en cada categoría”, cuáles son las rentas gravadas. Por otro lado, el artículo 68 del decreto reglamentario establece ciertas reglas específicas para la determinación del resultado neto impositivo de las ganancias de la tercera categoría. Esa disposición reglamentaria no puede tener por objeto excluir de la tercera categoría ingresos que de acuerdo a la ley 20.628 son considerados de esa clase, máxime cuando de la letra de la norma no surge que su propósito sea categorizar ganancias, sino establecer reglas específicas para la determinación del resultado neto impositivo. Justamente, la circunstancia de que el artículo 68 del decreto 1344/98 aclare que ciertas sociedades que prestan servicios profesionales sin complementarlos con una explotación comercial están excluidas de los efectos específicos de ese artículo confirma que están incluidas en la tercera categoría prevista por el artículo 49 de la ley 20.628.

-VI-

Por lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar a la queja, admitir el recurso extraordinario, revocar la sentencia y devolver las actuaciones a la cámara para que por quien corresponda se expida sobre las restantes cuestiones. Buenos Aires, 18 de diciembre de 2013.
Alejandra Magdalena Gils Carbó.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 2 de septiembre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Paracha, Jorge Daniel c/ DGI s/ recurso”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar lo decidido por el Tribunal Fiscal de la Nación, dejó sin efecto la resolución DV MRRI 7/2007, por medio de la cual la AFIP determinó de oficio la obligación tributaria del contador público Jorge Daniel Paracha en el impuesto a las ganancias por los períodos fiscales 2002 y 2003, liquidó intereses resarcitorios, y le aplicó una multa en los términos del art. 45 de la ley 11.683.

2º) Que para decidir en el sentido indicado, la cámara coincidió con el Tribunal Fiscal en cuanto a que las rentas obtenidas por el señor Paracha por su labor profesional como contador público y agente de la propiedad intelectual, desarrollada en el estudio “G. Breuer Sociedad Civil”, debían ser computadas en la cuarta categoría del impuesto a las ganancias (trabajo personal), y no en la tercera categoría de ese gravamen, como lo consideró el organismo recaudador al practicar el ajuste discutido en el sub examine.

Al respecto, la cámara consideró que el hecho de que la prestación de servicios profesionales se realice a través de una sociedad civil organizada como empresa no determina que las rentas dejen de corresponder a la cuarta categoría. Afirmó que para que ello ocurra debe desarrollarse en forma complementaria una explotación comercial distinta de la principal. En este punto, puso de relieve que el Tribunal Fiscal señaló que tal extremo no se había acreditado en autos, y que el organismo recaudador no había formulado ningún agravio concreto ante esa alzada respecto de esa cuestión. En ese orden de ideas puntualizó —citando un precedente de esa sala— que considerar a las referidas sociedades como empresas no trae consigo aparejado que necesariamente exista una explotación comercial (fs. 365 vta.).

3º) Que contra lo así decidido, la AFIP interpuso recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja. En sus agravios, el organismo recaudador sostiene, en síntesis, que las rentas obtenidas por el señor Paracha como socio de “G. Breuer Sociedad Civil” están comprendidas en el art. 49, inc. b, de la ley del impuesto a las ganancias, en tanto se trata de ingresos obtenidos por sociedades que no están incluidas en el art. 69 de la ley. Señala asimismo que es irrelevante la existencia de una actividad comercial complementaria porque no es aplicable al caso el último párrafo del citado art. 49, que se refiere a la actividad profesional que no es desarrollada a través de la constitución de una sociedad. En esa inteligencia, insiste en destacar que el actor obtiene sus rentas como integrante de una sociedad civil, y destaca que ésta brinda servicios propios de una profesión liberal, pero organizados en forma de empresa. Sobre el particular sostiene que se encuentra probada en autos la afectación de un patrimonio para llevar a cabo esas tareas profesionales con fines de lucro; la contratación de un elevado número de profesionales; un significativo nivel de inversión en equipamiento utilizado en la sociedad civil; la organización de una estructura jerárquica dedicada a emplear recursos humanos y materiales; un considerable volumen de operaciones facturadas y la distribución de utilidades entre socios activos y dos socios con derecho especial no profesionales que no desarrollan actividad en la empresa.

4º) Que el recuso extraordinario ha sido mal denegado por el a quo en tanto se encuentra en disputa la inteligencia y aplicación de normas de carácter federal, como son los artículos 2, 49, 69 y 79 de la ley del impuesto a las ganancias (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

5º) Que resulta útil recordar que el art. 2º, apartado 2, de la citada ley 20.628 establece que son ganancias a los efectos de esa ley, sin perjuicio de lo dispuesto específicamente en cada categoría y aun cuando no se lo indique en ellas *“los rendimientos, rentas, beneficios o enriquecimientos...obtenidos por los responsables incluidos en el art. 69 y todos los que deriven de las demás sociedades o de empresas o explotaciones unipersonales, salvo que, no tratándose de los contribuyentes comprendidos en el art. 69, se desarrollaran actividades indicadas en los incs. f) y g) del art. 79 y las mismas no se complementaran con una explotación comercial, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior”*.

Por su parte, el citado artículo 79 dispone, en lo que resulta pertinente para el caso en examen, que constituyen ganancias de la cuarta categoría las provenientes “*del ejercicio de profesiones liberales u oficios...*” (inc. f, primer párrafo)...” A su vez, el último párrafo del art. 49 dispone que “*cuando la actividad profesional u oficio a que se refiere el artículo 79 se complementa con una explotación comercial o viceversa (sanatorios, etcétera) el resultado total que se obtenga del conjunto de esas actividades se considerará como ganancia de la tercera categoría*”.

En concordancia con esas normas, el art. 8° del decreto reglamentario de la ley del tributo (dto. 1344/98), establece que las sociedades y empresas o explotaciones unipersonales, mencionadas en el apartado 2 del art. 2° del texto legal “*son las incluidas en los incisos b) y c) del artículo 49 de la ley y en su último párrafo, en tanto no proceda a su respecto la exclusión que contempla el artículo 68, último párrafo, de este reglamento...*”. El aludido art. 68, que trata sobre la determinación del resultado impositivo de las ganancias de la tercera categoría, en el párrafo al que reenvía el citado art. 8°, excluye de sus disposiciones a las sociedades y empresas y explotaciones que desarrollen las actividades indicadas en los incisos f y g del art. 79 de la ley —es decir, el ejercicio de profesiones liberales u oficios y —entre otras— la actividad de corredor o viajante de comercio— “*en tanto no la complementen con una explotación comercial*”. Y dispone que tales sujetos “*deberán considerar como ganancias los rendimientos, rentas y enriquecimientos a que se refiere el apartado 1 del artículo 2do. de la ley...*”.

6º) Que habida cuenta de que las sociedades civiles no son un responsable incluido en el art. 69 de la ley 20.628, de las normas precedentemente transcritas surge que los ingresos de esa clase de sociedades deben tributar de acuerdo con las previsiones del art. 2°, apartado 2, y sus rentas computarse dentro de la tercera categoría. Sin embargo, ese principio encuentra excepción —en lo que resulta pertinente para el sub examine— en el supuesto en que tales rentas se originen en el “*ejercicio de profesiones liberales u oficios y de funciones de albacea, síndico, mandatario, gestor de negocios, director de sociedades anónimas y fideicomisario*” (inc. f del art. 79 de la ley 20.628), y en tanto esas actividades no se complementen con una explotación comercial (art. 49, último párrafo del citado ordenamiento).

7º) Que de tal manera, y como con acierto lo entendieron las sentencias de las anteriores instancias, no basta que la actividad profesional desarrollada en los referidos entes tome forma de empresa, para calificar las rentas como de tercera categoría, sino que para ello se requiere que tal actividad se complemente con una explotación comercial distinta de aquella.

8º) Que, en efecto, en primer término cabe recordar que —según conocida doctrina de esta Corte— cuando la ley emplea determinados términos y omite, en un caso concreto, hacer referencia a un aspecto, la regla más segura de interpretación es que esos términos no son superfluos, sino que su inclusión se ha realizado con algún propósito, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (Fallos: 299:167; 321:2453, entre muchos otros). De tal manera, si el art. 49 in fine de la ley del tributo prescribe que *“Cuando la actividad profesional u oficio a que se refiere el artículo 79 se complemente con una explotación comercial o viceversa (sanatorios, etcétera), el resultado total que se obtenga del conjunto de esas actividades se considerará como ganancia de la tercera categoría”*, no puede entenderse que esa norma haya pretendido disponer la inclusión en la tercera categoría de las rentas provenientes del ejercicio de actividades profesionales desarrolladas a través de una organización empresaria pues, en ese caso, le hubiese bastado al legislador, simplemente, omitir su mención, en tanto que resultan atribuibles a la tercera categoría los resultados derivados de *“empresas unipersonales ubicadas en [el país]”* (art. 49 inc. b) y *“las demás ganancias no incluidas en otras categorías”* (art. 49 inc. e). En suma, no puede sostenerse válidamente que el legislador utilizó la expresión *“se complementen con una explotación comercial”* pero que en realidad quiso decir *“se realicen mediante una organización empresaria”*. Por otra parte, no hay elementos que permitan aseverar que la mencionada norma se refiera únicamente a la actividad profesional realizada de manera individual y no a la desarrollada mediante una sociedad civil.

9º) Que en consecuencia, la organización como empresa no tiene incidencia decisiva respecto del encuadramiento impositivo de las rentas provenientes de la prestación de servicios profesionales. En efecto, en materia de interpretación de disposiciones legales no cabe presumir la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, razón por la cual las normas deben ser entendidas evitando darles un sentido que

ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 310:195; 312:1614 y 1849; 313:132 y 1149; 314:458; 315:727; 319:1131; 320:2701; 321:2453 y 324:1481, entre otros). De ahí que al utilizar la expresión “explotación comercial” que complementa la actividad profesional, lo que la ley ha pretendido es incluir dentro de la tercera categoría una realidad distinta de aquella en la que la organización como empresa únicamente tiene por objeto dotar de una mayor eficiencia al servicio profesional ordenando a tal fin los distintos recursos humanos y materiales. Lo expuesto se encuentra abonado por el ejemplo dado por el propio legislador en el texto de la norma para esclarecer su sentido. En efecto, en el citado último párrafo del art. 49, tras hacer mención a la actividad profesional u oficio complementado con una explotación comercial o viceversa, el legislador menciona, entre paréntesis, a los “sanatorios”, respecto de los cuales puede advertirse con nitidez que la actividad profesional de los médicos se ve complementada con servicios comerciales de diversa naturaleza.

10) Que en esa inteligencia, y en cuanto aquí interesa, cabe entender que las ganancias provenientes de los servicios prestados por estudios profesionales organizados como empresas o sociedades — siempre que no se trate de sociedades de capital— encuadran en la cuarta categoría de la ley del impuesto, excepto el caso en que la actividad profesional se complementa con una explotación comercial.

11) Que, con tal comprensión, deben desestimarse los agravios del organismo recaudador pues las circunstancias fácticas a las que hace referencia —la cantidad de profesionales que actúan en la sociedad, la afectación de un patrimonio para llevar a cabo su cometido, las inversiones realizadas en equipamiento, la existencia de una estructura jerárquica dedicada a emplear recursos humanos y materiales para llevar adelante una actividad profesional con fines de lucro, el volumen de las operaciones facturadas, etc.— son demostrativas de la existencia de una organización empresaria, pero, como se expuso en los considerandos que anteceden, ello no es determinante para encuadrar a las rentas en la tercera categoría, pues a tal fin resulta necesaria la demostración de que el ente realiza una explotación comercial que complementa la referida actividad profesional, y como lo han señalado los tribunales de las anteriores instancias, no se han aportado pruebas que acrediten esa circunstancia.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora General, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario, y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la presentación directa a los autos principales, reintégrese el depósito acreditado a fs. 63, notifíquese y remítanse las actuaciones al tribunal de origen.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I.
HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que las cuestiones debatidas en autos han sido adecuadamente examinadas en el dictamen de la señora Procuradora General, a cuyos fundamentos corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada; con costas. Agréguese la presentación directa a los autos principales, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con la presente.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de hecho interpuesto por el **Fisco Nacional (AFIP – DGI)**, representado por la **Dra. Beatriz Lovotrico**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Silvia Josefina Pepe**.

Tribunal de origen: **Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación**.

DE MAIO, ANA DE LAS MERCEDES c/ Mº J Y DDHH - ART. 3
LEY 24.043 - RESOL. 1147/09 (EX. 16.6457/08)

EXILIO

Corresponde revocar la sentencia que convalidó la resolución que había denegado el beneficio previsto en la ley 24.043 ya que, de acuerdo con la vocación reparatoria de esta ley y de todas las que la complementaron y el espíritu que guio al Congreso Nacional al dictarlas, habiéndose aceptado ampliamente el derecho de quienes se vieron en la necesidad de exiliarse para poder preservar su vida e integridad, carecería de justificativo válido desconocer idéntico derecho a los hijos de esos exiliados, que estuvieron impedidos de nacer en la patria de sus padres por razones completamente ajenas a ellos y desvinculadas con el libre ejercicio del derecho a elegir su propio plan de vida, afectándose arbitrariamente su derecho a la identidad y a la permanencia cultural.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 53/61, Ana de las Mercedes De Maio, dedujo el recurso de apelación -en los términos del art. 3 de la ley 24.043- contra la resolución del Ministro de Justicia y Derechos Humanos 1147/09, que le denegó el beneficio previsto en esa ley por el período allí solicitado.

La nombrada relató que el 10 de diciembre de 1975 un grupo de personas que aparentaban pertenecer a las fuerzas de seguridad ingresaron en el domicilio de sus padres -Ana Emilia del Pozo y Tomás Alfredo De Maio- quienes juntamente con su hermana -Mariana Sabina- fueron detenidos y torturados, la menor luego entregada a un familiar.

Con posterioridad fueron puestos a disposición del Juzgado Federal Nº2 de San Martín por presunta infracción a la ley 20.840, más tarde los sobreseyeron y recuperaron su libertad recién el 23 de diciembre de 1976, toda vez que luego del mencionado sobreseimiento permanecieron en prisión a disposición del Poder Ejecutivo Nacional. Sufrieron la restricción de la libertad 14 meses y 18 días.

Relata que después de que sus padres fueron cesanteados de sus trabajos, las personas de su entorno comenzaron a desaparecer y a ser asesinadas, por lo que decidieron salir del país, junto con su pequeña hija, rumbo a Venezuela, el 23 de mayo de 1979. Allí nacieron la actora y su hermana gemela, Eleonora Lucía.

-II-

En primer lugar cabe aclarar que la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 188/194) fue dictada en estos autos y, por su conexidad, en los expedientes 747/10 “De Maio, Eleonora Lucía c/ M° 0 J y DDHH-Art. 3 ley 24.043- resol 1147/09 (ex 166457/08)” ; 1121/10 “Del Pozo, Ana Emilia c/ M° 0 J y DDHH -Art. 3 ley 24.043- resol 1146/09 (ex 336908/92)” ; 1117/10 “De Maio, Tomás Alfredo c/ M° 0 J y DDHH-Art 3 ley 24. 043- resol 1146/09 (ex 336909/92)” puesto que son hermana, madre y padre de la actora respectivamente.

-III-

Puntualizado lo expuesto, creo oportuno resaltar que el tribunal hizo lugar a los recursos interpuestos por los padres de la actora y desestimó los recursos de Eleonora Lucía y Ana de las Mercedes De Maio.

Para así resolver, luego de efectuar una reseña de los antecedentes de cada causa, destacó que, teniendo en cuenta los hechos alegados por los actores en sus presentaciones y las constancias del expediente, la decisión de los padres de la actora de abandonar el país tuvo fundamento en la persecución política que ambos sufrieron y fue la única alternativa a fin de preservar su vida.

Como fecha de inicio del período a indemnizar computó el 27 de mayo de 1977, el que, según las constancias agregadas, es el día en que ingresaron a Venezuela, extendiéndose el de la señora Del Pozo hasta el 1° de diciembre de 1982, fecha en la cual ingresó a la Argentina por primera vez desde el exilio, más allá de que más tarde volvió a Venezuela, y el del señor De Maio hasta el 28 de octubre de 1983, fecha del levantamiento del estado de sitio.

Agregó, con respecto a la situación de Ana de las Mercedes y Eleonora Lucía De Maio, quienes según las constancias de sus respectivas causas nacieron en la República Bolivariana de Venezuela, el 23 de mayo de 1979, que no estuvieron privadas de su libertad física o ambulatoria, que sus vidas no corrieron riesgo alguno y que el único

sustento de sus solicitudes es haber nacido en el extranjero durante el exilio político de sus padres, lo cual excede manifiestamente -a su entender- el ámbito de aplicación encuadrado en las previsiones de la ley 24.043, no resultando, por ende, perseguidas políticas.

-IV-

Disconforme con lo resuelto, la actora dedujo el recurso extraordinario de fs. 202/212, que fue concedido por el tribunal a fs. 225.

Toda vez que se halla en tela de juicio el alcance y la interpretación de la ley 24.043 -sus normas reglamentarias y su modificatoria 24.906- y que la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que en ella funda la apelante (art. 14, inc. 3° de la ley 48), a mi modo de ver, cabe admitir el recurso en el presente caso.

Al respecto, es dable recordar que por discutirse el contenido y alcance de una norma de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (doctrina de Fallos: 308:647, entre otros).

-V-

El tema a decidir consiste, pues, en determinar si las circunstancias que rodearon el exilio de la demandante son equiparables a aquellas que prevé como indemnizables la ley 24.043.

De manera liminar, cabe poner de resalto que, tampoco en el sub iudice, lo resuelto por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos -cuya impugnación directa por vía del art. 3° de la ley 24.043 dio origen a la intervención de la Cámara ofrece al juzgador elemento alguno como para concluir sobre el acierto o desacierto de lo decidido.

Según mi punto de vista el tribunal apelado, en su pronunciamiento de fs. 188/194, examinó las situaciones de hecho obrantes en la causa y concluyó, en lo que aquí interesa, que cabía conceder a Ana Emilia del Pozo y Tomás Alfredo De Maio la indemnización solicitada y denegársela a Ana de las Mercedes y Eleonora Lucía De Maio, puesto que el único sustento de sus solicitudes es haber nacido en el extranjero durante el exilio político de sus padres, lo cual excede el ámbito de aplicación de la ley 24.043.

Así las cosas, tengo para mí que al dictar sentencia como lo hizo, la Cámara siguió las pautas sentadas por V.E. in re P413, L.XLIII "PORTUGHEIS Elsa Rosa c/ M° 0 J y DDHH -Art. 3 Ley 24043-Resol.1198/06

- ex 446. 755/98” y C.1044, L.XLIII “CAGNI Carlos Alberto c/ M° 0 J y DDHH - Art. 3 ley 24.043 Resol. 1155/06 - ex 141.610/04” (sentencias del 30 de septiembre y del 16 de diciembre de 2008, respectivamente).

-VI-

Por lo expuesto, considero que corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto fue motivo de recurso extraordinario. Buenos Aires, 1° de agosto de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de septiembre de 2014.

Vistos los autos: “De Maio, Ana de las Mercedes c/ M° J y DDHH art. 3° ley 24.043 – resol. 1147/09 (ex. 166.456/08) y D.459.XLVIII. ‘De Maio, Eleonora Lucía c/ M° J y DDHH – art. 3° ley 24.043 – resol. 1147/09 (ex. 166.456/9)’”.

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al desestimar los recursos directos interpuestos por Eleonora Lucía y Ana de las Mercedes de Maio, convalidó la resolución 1147/09 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos por la que se les había denegado el beneficio previsto en la ley 24.043.

Para decidir de ese modo, el tribunal consideró, fundamentalmente, que aun cuando se encontraba probada en la causa la persecución de sus padres y se hallaba justificada la salida del país en la necesidad de salvaguardar su vida, las demandantes no estaban en idénticas circunstancias dado que habían nacido en Venezuela, durante el exilio de aquéllos. De tal manera, no habían estado privadas de su libertad física o ambulatoria y sus vidas no habían corrido riesgo alguno.

2°) Que, contra esa decisión, las actoras dedujeron sendos recursos extraordinarios, los que fueron concedidos por el a quo.

Las recurrentes aducen que se ha vulnerado su derecho a la identidad y que se encuentra debidamente demostrada la persecución política a la familia, circunstancia que justifica —a su criterio— el otorgamiento del beneficio requerido.

3°) Que los recursos extraordinarios son formalmente admisibles por hallarse en juego el contenido y alcance de una norma federal y la resolución atacada ha sido contraria al derecho que los apelantes fundan en ella.

4°) Que, conforme surge de las actuaciones, Tomás Alfredo de Maio —padre de las recurrentes— estuvo detenido junto a su entonces esposa Ana Emilia del Pozo desde el 10 de octubre de 1975 hasta el 23 de diciembre de 1976, ambos fueron despedidos de sus empleos y partieron para Bolivia, radicándose finalmente en Venezuela, donde nacieron sus dos hijas. Posteriormente obtuvieron el reconocimiento del carácter de refugiados por ACNUR. Además la madre de las actoras era considerada integrante del Ejército Revolucionario del Pueblo y existía pedido de captura en su contra.

5°) Que el tema a decidir, entonces, se centra en determinar si las circunstancias que llevaron al nacimiento y permanencia de las actoras en el extranjero como consecuencia del exilio de sus padres, son equiparables a las previstas como indemnizables por la ley 24.043, en la interpretación dada por esta Corte en el precedente “Yofre de Vaca Narvaja” (Fallos: 327:4241).

6°) Que la señora Procuradora Fiscal opinó que correspondía confirmar la sentencia recurrida por cuanto la Cámara había efectuado una correcta aplicación de la doctrina que emana de los precedentes “Portugheis” (Fallos: 331:2104) y C.27.XLVI. “Cagni, Carlos Alberto c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ art. 3° ley 24.043”, del 2 de octubre del 2012.

En esos antecedentes, esta Corte, por remisión a los correspondientes dictámenes, recordó la doctrina sentada en “Yofre de Vaca Narvaja” (Fallos: 327:4241), respecto del alcance amplio que cabía dar al término “detención” en la ley 24.043 y señaló luego que la resolución del Ministro de Justicia y Derechos Humanos —cuya impugnación directa por vía del art. 3° de la ley 24.043 había dado origen a la intervención de la Cámara— “no ofrece al juzgador ele-

mento alguno como para concluir sobre el acierto o desacierto de lo decidido, toda vez que no contiene los motivos concretos que llevaron a denegar el beneficio solicitado por la actora, máxime que en ella sólo se hicieron consideraciones generales sustentadas en un dictamen del señor Procurador del Tesoro de la Nación y no, como lo exige el art. 7° inc. b, de la LNPA, en los hechos y antecedentes de la causa”. Agregó este Tribunal que no era posible soslayar que el a quo tampoco había realizado un examen de los elementos obrantes en autos, aplicando sin más el criterio de “Yofre”, omitiendo indagar si las características de esos casos eran semejantes a las que dieron fundamento a aquel pronunciamiento. Por ello, se dejaron sin efecto las sentencias en recurso.

7°) Que, contrariamente a lo sostenido por el Ministerio Público en su dictamen, una correcta interpretación de lo afirmado por esta Corte en “Yofre”, reiterado en “Portugheis” y “Cagni”, conduce a reconocer el derecho de las actoras a obtener el beneficio previsto en la ley 24.043.

En efecto, “la exégesis de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos: 303:578)” (del dictamen de la Procuración al que remitió la Corte en “Yofre”).

Es que “en esa tarea no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante; es necesario buscar en todo tiempo una interpretación valiosa de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente injustas cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa y de la judicial”.

Se advierte pues con claridad la vocación reparatoria de la ley 24.043 y de todas las disposiciones que la complementaron y ampliaron, extendiendo los supuestos de procedencia y los plazos para su solicitud (v. gr. leyes 24.436, 24.906, 25.497, 25.985, 26.521 y 26.564). Surge evidente de ellas el amplio espíritu que guió al Congreso Nacional al dictarlas, buscando hacer efectivo el compromiso internacional

asumido por la República y reparar, sin restricciones extrañas a su propósito, las graves violaciones a la dignidad del ser humano que se cometieron en aquel momento de nuestra historia.

8°) Que una conclusión contraria importaría soslayar la voluntad política de la Nación que se desprende con nitidez de los debates parlamentarios, en los que se deduce que, por encima de los términos empleados, el legislador procuró lograr un resarcimiento omnicomprendivo de quienes habían sufrido esa penosa situación.

En virtud de lo expuesto, habiéndose aceptado ampliamente el derecho de quienes se vieron en la necesidad de exiliarse para poder preservar su vida e integridad, carecería de justificativo válido desconocer idéntico derecho a los hijos de esos exiliados, que estuvieron impedidos de nacer en la patria de sus padres por razones completamente ajenas a ellos y desvinculadas con el libre ejercicio del derecho a elegir su propio plan de vida.

9°) Que las demandantes se vieron forzadas, como consecuencia directa del accionar ilegítimo del Estado, a ser criadas en un entorno diferente en lo cultural y social al que debieron pertenecer, lo que constituye una afectación a su derecho a preservar sus relaciones familiares como medio de identificación personal (conf. arg. en acápite 116, Corte Interamericana de Derechos Humanos, CASO CONTRERAS Y OTROS VS. EL SALVADOR, sentencia del 31 de agosto de 2011).

De la misma manera, la conducta estatal llevó a que nacieran y crecieran ajenas a la cultura e idiosincrasia propias de su tierra, sin posibilidad efectiva de ingreso al país en condiciones seguras hasta el advenimiento de la democracia. Ello permite concluir en que también se ha afectado arbitrariamente su derecho a la identidad y a la pertenencia cultural.

Es que, en definitiva, habiendo nacido en la Argentina o en el exterior, lo cierto es que la permanencia en el país extraño no fue una decisión voluntaria de ninguno de los hijos de los exiliados, como tampoco lo fue la de sus padres, que huyeron como única alternativa para preservar sus vidas y las de sus familiares ante el riesgo cierto que corrían.

Por todo lo expuesto, se declaran procedentes los recursos extraordinarios interpuestos, y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponde, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recursos extraordinarios interpuestos por **Ana de las Mercedes De Maio** y **Eleonora Lucia De Maio**, representadas por la Dra. **Elena C. Moreno**, respectivamente.

Traslado contestado por el **Estado Nacional**, representado por el Dr. **Jorge Somaschini** y patrocinado por el Dr. **Gustavo A. Miguens**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I**.

EINAUDI, SERGIO c/ DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA
s/ NUEVA REGLAMENTACIÓN

RECURSO ORDINARIO DE APELACION

Corresponde declarar mal concedido el recurso ordinario de apelación contra la decisión que no hizo lugar a la excepción de nulidad opuesta por la actora y dispuso que se devolviesen las actuaciones al Tribunal Fiscal a fin de que éste se expidiera sobre las restantes cuestiones planteadas ya que según el art. 24, inc. 6°, ap. a), del decreto-ley 1285/58 y la jurisprudencia de la Corte, el recurso mencionado funciona restrictivamente solo respecto de sentencia definitivas y resulta claro que en este caso no se trata de una resolución que haya puesto fin al pleito o que impida su continuación, en tanto el gravamen del recurrente puede disparse con la ulterior sentencia definitiva que se dicte en la causa.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION

Si bien es cierto que la derogación genérica dispuesta en el art. 10 de la ley 23.928 abrió un considerable margen de incertidumbre sobre la subsistencia de las facultades conferidas a la Corte por el art. 4° de la

ley 21.708, circunstancia que determinó -entre otras razones- una prolongada abstención en su ejercicio, el tiempo transcurrido desde que fue sancionada la ley 23.928 -marzo de 1991-, e inclusive desde que dicha derogación fue mantenida por la ley 25.561 -enero de 2002- ha puesto en evidencia el riesgo asociado a una progresiva extensión en la competencia apelada del Tribunal como resultado del creciente número de causas que alcanzan el piso económico para acceder al recurso ordinario de apelación, frustrando el genuino propósito institucional perseguido por el Congreso de la Nación al instaurar -desde 1902- dicho remedio ante el estrado más alto de la República.

RECURSO ORDINARIO DE APELACION

Una comprensión teleológica y sistemática del derecho vigente indica que el art. 10 de la ley 23.928 solo derogó el procedimiento matemático que debía seguirse para determinar la cuantía del recaudo económico relacionado con la exigencia del monto mínimo para el recurso ordinario de apelación ante la Corte -indexación semestral según la variación de los precios mayoristas no agropecuarios- pero que dejó incólume la potestad del Tribunal para adecuar el monto y de este modo preservar fielmente el propósito perseguido por la ley, ya que no es plausible que, ante una materia común como es la restricción del acceso a las instancias revisoras de tribunales superiores con fundamento en el contenido patrimonial del caso, el Congreso haya decidido mantener el poder de la Corte para determinar el montante dinerario en un caso que concierne a las cámaras de apelaciones como tribunales intermedios -art. 242 CPCCN- y retirárselo en el otro que hace a la competencia del tribunal supremo -art. 24, inc. 6°, ap. a, del decreto-ley 1285/58-.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de septiembre de 2014.

Vistos los autos: “Einaudi, Sergio c/ Dirección General Impositiva s/ nueva reglamentación”.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al hacer lugar al recurso de apelación

de la Administración Federal de Ingresos Públicos, revocó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación (fs. 205/211 vta.). En consecuencia, la alzada desestimó la excepción de nulidad planteada por el contribuyente —como de previo y especial pronunciamiento— respecto de la resolución del 3 de junio de 2011 (fs. 3/60), por la que el organismo recaudador —en lo que interesa— había determinado la obligación tributaria del interesado en el impuesto a las ganancias correspondiente a los períodos fiscales 1997 y 1998, liquidado intereses resarcitorios y aplicado la sanción de multa en los términos del art. 45 de la ley de procedimiento tributario (t.o. en 1998 y sus modificaciones). La cámara, asimismo, ordenó devolver los autos a la instancia de origen para que se pronuncie sobre las restantes cuestiones planteadas en el recurso de apelación interpuesto por el contribuyente (fs. 61/103) contra el acto de determinación de oficio mencionado.

2º) Que contra lo así resuelto, la actora dedujo recurso ordinario de apelación (fs. 215) que fue concedido por el tribunal a quo mediante el auto de fs. 218. El memorial de agravios obra a fs. 241/250 vta. y su contestación a fs. 253/268 vta.

3º) Que según lo dispuesto por el art. 24, inc. 6º, apartado a, del decreto-ley 1285/58 y la jurisprudencia de esta Corte, el recurso de que se trata funciona restrictivamente, solo respecto de sentencias definitivas, entendidas como tales a las que ponen fin al juicio o impiden su continuación, privando al interesado de los medios legales para la tutela de su derecho, regla a la que no hace excepción la circunstancia de invocarse un gravamen irreparable (Fallos: 261:178; 265:179; 300:372; 305:141; 311:2063 y 317:777, entre muchos otros). Al respecto, el Tribunal reiteradamente ha señalado que para reconocer la calidad de sentencia definitiva a las decisiones impugnadas mediante el recurso ordinario de apelación, el criterio resulta más estricto que el admitido en el ámbito del recurso establecido por el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 310:1856; 312:745, entre muchos otros).

4º) Que en el caso en examen, la decisión apelada no reviste el aludido carácter. En efecto, a diferencia del supuesto considerado por el Tribunal en el precedente “Michelin” (Fallos: 333:86), invocado por la recurrente en sustento de su pretensión (confr. fs. 215/217, en especial fs. 216 vta. *in fine*), el pronunciamiento apelado en el sub lite no hizo lugar a la excepción de nulidad opuesta por la actora y, en consecuencia, dispuso que se devolviesen las actuaciones al Tribunal Fiscal a fin

de que éste se expidiera sobre las restantes cuestiones planteadas por el impugnante en su presentación que dio origen a esta causa (conf. fs. 211 vta.). De ahí, pues, que resulta claro que no se trata de una resolución que haya puesto fin al pleito o que impida su continuación, pues el gravamen del recurrente puede disiparse con la ulterior sentencia definitiva que se dicte en la causa.

5º) Que más allá de que la inobservancia del recaudo de sentencia definitiva basta para cancelar el recurso intentado, el Tribunal considera apropiado extender el examen de admisibilidad que se lleva a cabo a la concurrencia del requisito que concierne al contenido económico del asunto que se pretende someter a conocimiento de esta Corte.

6º) Que según se ha puntualizado precedentemente, el recurso interpuesto en autos se halla contemplado por la norma legal que reglamenta y regula las diversas competencias jurisdiccionales reconocidas a esta Corte por la Constitución Nacional y por el Congreso de la Nación (art. 24 del decreto-ley 1285/58, ratificado por la ley 14.467). La mencionada cláusula establece las diversas formas y contenidos en que la Corte Suprema ejerce —entre otras— su competencia apelada, en especial las dos instancias revisoras de mayor relevancia.

Por un lado, el recurso extraordinario, limitado en cuanto a su materia a las cuestiones federales previstas en el art. 14 de la ley 48 (inc. 2º). Por el otro, el recurso ordinario, que si bien se trata de un remedio de plena jurisdicción, es permitido solamente en tres categorías de casos, la primera de las cuales se refiere a las causas en que la Nación es parte (inc. 6º, apartado a); sin embargo, en estos procesos, el recurso de que se trata procede exclusivamente contra la sentencia definitiva y siempre que el monto disputado en último término exceda de una determinada suma de dinero, cuya fijación ha seguido diferentes procedimientos desde el año 1958 a la fecha.

Los aspectos estructurales de este régimen se han mantenido desde su origen en 1902, con la sanción de la ley 4055, no obstante las modificaciones introducidas en el lenguaje legislativo que han tenido por finalidad ajustar el alcance de esta apelación. Esta circunstancia explica la continuidad de reglas establecidas en una gran cantidad de precedentes fallados por esta Corte antes de que entrara en vigor el decreto-ley 1285/58, que reflejan el modo en que esta Corte ha puesto

en práctica el texto legal y los criterios con que ha resuelto las controversias sobre su interpretación.

7º) Que para comprender acabadamente la decisión legislativa de limitar la procedencia del recurso ordinario a casos en que la Nación cuente con un interés de contenido patrimonial que supere un determinado umbral monetario, es preciso remontarse a la sanción de la ley 4055 y a los motivos que en esa ocasión tuvo el Congreso de la Nación para introducir una reforma integral en la organización del Poder Judicial de la Nación, que puso especial énfasis en la jurisdicción revisora de la Corte Suprema de Justicia.

La competencia apelada de la Corte Suprema, con la sanción de la mencionada ley 4055, se vio considerablemente reducida en su alcance en cuanto a las causas radicadas ante la justicia federal. Por un lado, limitándola al conocimiento de los casos extraordinarios definidos en el art. 14 de la ley 48; por el otro, circunscribiendo la procedencia del recurso ordinario a un contado grupo de procesos, en que el Tribunal actúa como tercera instancia en revisión de la sentencia definitiva, abandonando la competencia revisora de segunda instancia para entender en los recursos de plena jurisdicción contra las sentencias de los jueces de sección, que hasta ese momento correspondía a la Corte Suprema y fue transferida a las cámaras federales de apelación que creaba la misma ley.

El propósito declarado de esta reforma fue el de reducir la demora en la resolución final de los pleitos que tramitaban en los tribunales nacionales, eliminando una de sus causas principales como era excesiva amplitud de la competencia apelada puesta en manos de la Corte Suprema por las leyes sancionadas —tras la organización nacional de 1860— para poner en funcionamiento la justicia federal (ley 48, art. 4º; ley 50, arts. 208 y siguientes). El diputado Balestra, miembro informante del proyecto que dio lugar a la ley 4055 lo expresó con contundencia después de describir la persistente morosidad judicial: “...he allí el mal; su causa es la de existir un solo tribunal supremo de apelación” [Cámara de Diputados, 5º sesión de prórroga, noviembre 29 de 1901, p. 432]. A tal efecto, la ley creó un grupo de tribunales intermedios, las cámaras federales de apelación, “para que ellas terminen unos asuntos y tramiten otros, dejando el fallo definitivo a una tercera instancia, muy restringida por cierto, pero inevitable” [Ídem, p. 432]. De esta manera, la ley 4055 suprimió la intervención ordinaria, final y ejecutoria

de la Corte Suprema, salvo para la decisión de aquellos casos que la justificaban de acuerdo con específicos criterios de relevancia. Uno de los cuales fue, precisamente, la significación económica del pleito en relación con los intereses patrimoniales del Estado Nacional.

Lo señalado revela que el Congreso de la Nación ha buscado articular dos finalidades: [a] limitar la competencia apelada de la Corte para evitar la excesiva demora judicial, y [b] asegurar su intervención como tribunal de última instancia en un restringido grupo de casos, entre los que se cuentan aquellos que presentan un riesgo judicial significativo para los intereses patrimoniales de la Nación. En línea con este propósito legislativo, la jurisprudencia del Tribunal ha sido contraria, en general, a llevar el alcance del recurso ordinario más allá de los supuestos previstos en la ley.

8º) Que en tal entendimiento, el Tribunal ha reconocido que el fundamento del recurso ordinario, en este supuesto, es “el de conceder una mayor seguridad de acierto a las sentencias que decidan cuestiones que comprometan el patrimonio nacional” (Fallos: 234:427, y reiterado en Fallos: 241:218, 220, ya vigente el decreto 1285/58). Pero, al mismo tiempo, ha declinado utilizar este fundamento económico para extender el alcance del recurso si ello implica diluir la diferenciación presupuesta por la ley entre casos de mayor y menor importancia para la Nación.

En tal sentido, debe recordarse que, al decidir el caso “Lenarduzzi de Casasola y otras”, el Tribunal descartó ampliar la procedencia del recurso para incluir las situaciones en que por vía de la acumulación de acciones se supera el monto mínimo. Aclaró que “la limitación tiene exclusivamente en vista y como razón de ser la magnitud de los concretos intereses en tela de juicio” y “concederla sólo en vista del importe total de lo acumulado importaría una alteración de la norma legal, pues la interpretación prescindiría de la razón de la ley sobre el particular” (Fallos: 220:1212, citado posteriormente en Fallos: 258:171; 277:83; 280:327; 284:392; 311:1994; 315:303; 317:1683; 330:2639; A.213.XLVI “Álvarez, José y otro c/ Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur S.A. y otro s/ accidente — acción civil—”, resuelto el 31 de mayo de 2011, entre otros).

De haberse tomado un posicionamiento opuesto, se hubiera aceptado que pretensiones de menor importancia, por el mero hecho de encontrarse agrupadas en un mismo proceso, tuviesen también acceso a la tercera instancia, de manera que el monto del pleito y la consiguieren-

te distinción entre causas más y menos relevantes dejaría de cumplir una función institucional: su aplicabilidad sería absolutamente errática y ya no dependería de las características del caso, sino de una pura contingencia como lo es que las pretensiones se presenten de manera individual o en litisconsorcio. Por el contrario, el propósito legislativo de cerrar el acceso a la tercera instancia a los casos de menor significación exige mantener la necesaria vinculación entre el monto del pleito y su función como indicador objetivo de la relevancia que éste tiene para el Estado Nacional.

9º) Que la selección legal de aquellos casos con mayor relevancia económica y la consecuente posibilidad de diferenciarlos objetivamente del resto de los asuntos cede y se desvirtúa frente al fenómeno de la depreciación monetaria. El consecuente deterioro de valor del monto contemplado por la ley (conf. acordada 42/2013), al cabo de períodos más o menos prolongados, abre de este modo el camino a una injustificada extensión de la competencia apelada de la Corte. Tal circunstancia ha llevado a la necesidad de una periódica reformulación de dicha suma, para mantener así su eficacia como indicador de los casos en que el patrimonio de la Nación se ve significativamente afectado (según la expresión de Fallos: 324:1315, considerando 9º).

En efecto, durante la primera etapa posterior al decreto-ley 1285/58, el monto mínimo fue actualizado mediante leyes y decretos-leyes, (15.271, 17.116 y 19.912), hasta que la ley 21.708, en su artículo 4º, defirió dicha tarea a la Corte Suprema de Justicia al disponer que lo “actualizará semestralmente [...] con arreglo a los índices oficiales de precios mayoristas no agropecuarios”.

El Tribunal, con frecuencia semestral, ajustó el monto mínimo del recurso ordinario hasta que el 27 de marzo de 1991 el Congreso sancionó la ley 23.928, cuyo artículo 10 contiene una derogación genérica de todas las normas legales o reglamentarias que autorizasen la actualización monetaria, repotenciación o indexación de “deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios”, con efecto a partir del 1º del mes de abril de 1991.

El 10 de septiembre de 1991 esta Corte Suprema dictó la resolución 1360, actualmente vigente, que establece la suma de \$ 726.523,32 (según la paridad, equivalencia y denominación establecida por el decreto 2128/91 para las obligaciones expresadas en australes). Dicha

cantidad se obtuvo a partir de la variación del índice de precios al por mayor no agropecuarios hasta el mes de marzo de 1991.

10) Que cabe añadir que esta necesidad de restablecer, después de un lapso prudencial, el señalado efecto indicativo y limitador que tiene el monto del juicio ha sido reconocida por el Congreso de la Nación, no solamente al dictar en el pasado leyes de actualización como la ya citada 15.271, sino más recientemente y con particular relevancia para el examen que se viene llevando a cabo, al sancionar —en octubre de 2009— la ley 26.536. En efecto, este texto normativo reformó el art. 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, manteniendo la atribución de la Corte Suprema para adecuar anualmente el monto mínimo que condiciona la admisibilidad de la apelación de las sentencias de primera instancia por ante las cámaras.

Es manifiesta e inequívoca, entonces, la respuesta de la legislación procesal más reciente ante la previsible incidencia que el transcurso del tiempo y la eventual pérdida de valor de la moneda causará sobre los importes nominales que determinan los montos mínimos para apelar, así como de instituir un mecanismo que permita la oportuna corrección de la cantidad nominal para contrarrestar la expansión ilimitada de los casos que deben ser revisados por los tribunales de alzada y los efectos perjudiciales que ella provoca.

11) Que la atribución conferida a esta Corte por el mencionado art. 4º de la ley 21.708 se encuentra vigente, aunque con algunas restricciones que es preciso señalar a fin de establecer el recto alcance que debe ser asignado a dicho texto normativo.

Es cierto que la derogación genérica dispuesta en el artículo 10 de la ley 23.928 —cuya validez constitucional fue declarada por esta Corte en el precedente de Fallos: 333:447— abrió un considerable margen de incertidumbre sobre la subsistencia de las facultades conferidas a este Tribunal por el art. 4º de la ley 21.708, circunstancia que determinó —entre otras razones— una prolongada abstención en su ejercicio. Sin embargo, el tiempo transcurrido desde que fue sancionada la ley 23.928 —marzo de 1991—, e inclusive desde que dicha derogación fue mantenida por la ley 25.561 —enero de 2002— ha puesto en evidencia el riesgo asociado a una progresiva extensión en la competencia apelada de esta Corte como resultado del creciente número de causas que alcanzan el piso económico para acceder al remedio, frustrando el ge-

nuino propósito institucional perseguido por el Congreso de la Nación al instaurar —desde 1902— el recurso ordinario de que se trata para ante el estrado más alto de la República.

En razón de que, por lo dicho, el Poder Legislativo no ha reasumido la potestad de fijar por sí mismo el monto mínimo para la procedencia del recurso ordinario, pese a la señalada necesidad de mantener —como se subrayó en Fallos: 324:1315, considerando 9º— la exigencia de un contenido patrimonial significativo, la inteligencia asignada por el Tribunal al art. 4º de la ley 21.708 —tras la sanción de la ley 23.928— desde una visión exclusivamente literal que ha dado lugar a su aplicación inercial por esta Corte, debe ser revisada.

En efecto, una comprensión teleológica y sistemática del derecho vigente indica que el art. 10 de la ley 23.928 solo derogó el procedimiento matemático que debía seguirse para determinar la cuantía del recaudo económico de que se trata —indexación semestral según la variación de los precios mayoristas no agropecuarios—, pero que dejó incólume la potestad de la Corte Suprema para adecuar el monto y de este modo preservar fielmente el propósito perseguido por la ley al instituir este modo de impugnación.

12) Que una interpretación contraria implicaría admitir que el Congreso, con su inacción, ha introducido criterios de marcada inconsistencia en el derecho procesal vigente. Una de tales incongruencias estaría dada por el hecho de que la Corte, para cumplir responsablemente con el deber de adecuación impuesto por el legislador en el art. 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, debería ajustar el monto mínimo para apelar ante la segunda instancia guardando suficiente proporcionalidad con el monto mínimo para recurrir ante esta tercera instancia. Pero si esta última cantidad se mantuviese inmóvil, la Corte más temprano que tarde se vería ante el siguiente dilema: o bien adecuar solo la suma mínima para acceder a la segunda instancia y romper la proporción original entre ambos montos, o bien dejar fijo también el de segunda instancia e incumplir con el mandato legal expresamente delegado. En ambos casos, se produciría un quiebre del sistema de competencias limitadas diseñado por el Congreso de la Nación para los tribunales de alzada (arts. 75, inc. 20; 116 y 117, de la Constitución Nacional), y un efecto sumamente dañoso sobre el funcionamiento del Poder Judicial de la Nación, y en especial de las cámaras de apelaciones y la Corte Suprema.

No es plausible, por consiguiente, que ante una materia común como es la restricción del acceso a las instancias revisoras de tribunales superiores con fundamento en el contenido patrimonial del caso, el Congreso haya decidido mantener el poder de la Corte para determinar el montante dinerario en un caso que concierne a las cámaras de apelaciones como tribunales intermedios —art. 242 CPCC—, y retirárselo en el otro que hace a la competencia del tribunal supremo —art. 24, inc. 6º, apartado a, del decreto-ley 1285/58—.

Tras haber cumplido esta Corte el primero de estos dos cometidos (acordada 16 del 15 de mayo de 2014), deberá ahora ser consistente y hacer lo propio con el segundo, mediante la vía reglamentaria correspondiente.

13) Que a las razones expresadas es apropiado agregar que esta Corte ha declarado que resulta un deber inexcusable inherente a su condición de titular del Poder Judicial de la Nación preservar la apropiada articulación entre sus funciones como tribunal competente para dictar la sentencia ordinaria, final y ejecutoria en ciertas causas y el “responsable ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente y de mayor trascendencia institucional”. Ante situaciones de marcada excepcionalidad que comprometían el racional manejo de su agenda de casos trascendentes, el Tribunal ha llegado al punto de ejercer el control de constitucionalidad sobre disposiciones legales (“Itzcovich” Fallos: 328:566), o de reformular reglas de derecho establecidas en tradicionales precedentes (“Barreto”, Fallos: 329:759; “Mendoza”, Fallos: 329:2316), precisamente para neutralizar la expansión excesiva de su competencia ordinaria —apelada u originaria— en casos que “son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de este Tribunal como intérprete final de la Constitución Nacional, como custodio último de las garantías superiores reconocidas en dicha Ley Suprema” (Fallos: 329:759) y como participe en el proceso republicano de gobierno (Fallos: 329:2316).

Una actitud distinta a la que resulta de las consideraciones que se han hecho hasta aquí y a la razonable interpretación de las normas que de ellas dimana, no sería en absoluto compatible con este impostergable deber de velar responsablemente por el eficaz y adecuado funcionamiento institucional de esta Corte Suprema y de todo el Poder Judicial de la Nación.

14) Que la autoridad institucional de este fallo no afectará el tratamiento del presente y de otros recursos ordinarios que a la fecha estén en condiciones de ser interpuestos para ante este Tribunal, toda vez que, como se ha recordado recientemente en la causa Competencia N° 766.XLIX. “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/ acción de amparo”, sentencia del 6 de mayo de 2014, no ha de privarse de validez a los actos procesales cumplidos ni dejarse sin efecto lo actuado de conformidad con las normas vigentes (Fallos: 328:566, considerando 15).

En mérito de ello, el Tribunal procederá en la acordada pertinente a fijar la línea divisoria para la aplicación del nuevo alcance asignado al art. 4° de la ley 21.708 y del monto resultante de proceder con arreglo a lo decidido, preservando suficientemente las garantías constitucionales de los justiciables de igual modo al que lo viene haciendo desde el conocido precedente “Télez” de Fallos: 308:552.

Por ello, 1. Se declara mal concedido el recurso ordinario de apelación. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). 2. Se declara que la atribución conferida a esta Corte por el art. 4° de la ley 21.708 se encuentra vigente según el alcance establecido en los considerandos. Hágase saber y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso ordinario de apelación interpuesto por **Sergio Einaudi**, representado por el **Dr. Abel Adolfo Atchabahian**.

Traslado contestado por el **Fisco Nacional (AFIP-DGI)**, representado por la **Dra. Cecilia Inés Curarello**.

Tribunal de origen: **Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Intervino con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación**.

MUNICIPALIDAD DE BERAZATEGUI c/ CABLEVISIÓN S.A.
s/ AMPARO

ACCIONES COLECTIVAS

Teniendo en cuenta que se ha advertido un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de distintos tribunales del país, lo que genera, además de un dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro y también favorece la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución -cautelar o definitiva- favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente, se estima necesaria la creación de un Registro de Acciones Colectivas -a través de una acordada- en tanto los aludidos inconvenientes podrían conllevar a situaciones de gravedad institucional.

MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

Corresponde revocar la decisión que hizo lugar a la medida cautelar innovativa y ordenó refacturar el servicio prestado a los usuarios del partido de Berazategui con sujeción a las resoluciones 50/2010 y 36/2011 de la Secretaría de Comercio Interior si, bajo la apariencia de una pretensión con base en la relación de consumo, el planteo del accionante resulta inherente a una situación jurídica propia del derecho administrativo con relación a la cual no cabe extenderle, sin más, la legitimación representativa prevista por la ley 24.240 para la autoridad de aplicación (arts. 45 y 52), en tanto el debate gira en torno a un eventual incumplimiento de una norma emanada de una autoridad nacional sobre una cuestión federal, que excede, en principio, la normal competencia del municipio de velar por la administración de los intereses locales (arts. 190 y 191 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Si bien el art. 45, último párrafo, de la ley 24.240 faculta a las provincias para establecer su régimen de procedimiento y de regular la actuación de las autoridades provinciales para aplicar la ley, la competencia de

éstas -directa o delegada- se limita al control, vigilancia y juzgamiento del cumplimiento de la ley de defensa del consumidor y de sus normas reglamentarias (art. 41, texto conf. ley 26.361), sin que correlativamente se extienda al contralor y juzgamiento de las eventuales infracciones a las normas jurídicas que regulan el mercado y que son dictadas en el marco de una específica asignación legal de competencia, aun cuando, por hipótesis, se tratara de circunstancias acaecidas en su ámbito territorial.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de septiembre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa *Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo*”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en una demanda promovida por el Intendente Municipal de Berazategui, confirmó, por mayoría, lo resuelto en la instancia anterior que había hecho lugar a la medida cautelar innovativa y ordenado refacturar el servicio prestado a los usuarios del partido de Berazategui con sujeción a las resoluciones 50/2010 y 36/2011 de la Secretaría de Comercio Interior y percibir un abono de \$ 109 o \$ 116 según los meses de que se trate, obligándola asimismo a abstenerse de interrumpir o modificar el servicio hasta tanto se resuelva la cuestión suscitada.

Contra este pronunciamiento, la demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 26/44), cuya denegación (fs. 56), dio origen a la queja (fs. 57/61).

2°) Que el remedio federal interpuesto es procedente, toda vez que, lo discutido en el pleito se vincula a una materia federal y configura un supuesto de **relevancia institucional** toda vez que la sentencia en recurso excede el mero interés individual de las partes afectando de manera directa el de la comunidad (Fallos: 323:337; 328:900; 333:1023).

Que, asimismo, cabe recordar que este Tribunal tiene dicho que si bien las resoluciones que decretan medidas cautelares no constituyen, en principio, la sentencia definitiva o equiparable a ésta a los fines del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 256:150; 271:96) cabe obviar ese requisito cuando la medida decretada cause un agravio que, por su magnitud o circunstancias de hecho, su reparación ulterior pueda resultar, a la luz del proceso en cuestión, tardía, insuficiente o imposible (Fallos: 236:156; 257:301; 315:2040; 320:1633; 325:1784; 328:4763).

Que, por otra parte, la apelación es también procedente en la medida en que atribuye arbitrariedad al pronunciamiento que impugna. En efecto, la fundamentación que sostiene la sentencia recurrida es aparente y su conclusión, por ello, dogmática, lo que impide tenerla como una derivación razonada del derecho vigente con singular aplicación al caso.

Que por lo tanto, con esa inteligencia corresponde dilucidar el caso, recordando que al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, **la Corte no se encuentra limitada** en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto en disputa (Fallos: 311:2553; 314:529; 321:861, entre otros) correspondiendo además, examinar las causales de arbitrariedad invocadas, en la medida en que se vinculan, de un modo inescindible, con la interpretación de las disposiciones federales en cuestión (Fallos: 321:703 y sus citas).

3°) Que, en tal sentido, interesa destacar previamente que la cautelar innovativa es una **decisión excepcional** porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 316:1833; 320:1633).

Que, ello es así con mayor razón cuando —como en el caso de autos— **la cautelar es tomada en el marco de un proceso colectivo** pues, por sus efectos expansivos, resulta imprescindible acentuar la apreciación de los parámetros legales exigidos para su procedencia ya que, las garantías del debido proceso y la igualdad ante la ley se ven particularmente comprometidas.

4°) Que en la especie, el conflicto inicial se produce por el presunto incumplimiento por parte de la accionada de resoluciones que dictó —como autoridad de aplicación y con invocación de las facultades conferidas por la ley 20.680— la Secretaría de Comercio Interior, mediante las cuales se implementó un régimen en materia de precios de la televisión paga estableciendo distintas fórmulas para la determinación del valor máximo del abono mensual total que los usuarios deberían abonar a los operadores.

Que aduciendo que la empresa prestadora infringe las resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior al cobrar una suma superior a la autorizada, el Intendente Municipal de Berazategui, con fundamento en los arts. 52 de la ley 24.240, 70 de la ley local 13.133, 42 y 43 de la Constitución Nacional y la ley 16.986, promovió la presente acción con el fin de que se condene a la empresa accionada a cumplir con las resoluciones 50/2010, 36/2011, 65/2011, 92/2011, 123/2011, 141/2011 y 10/2011 dictadas por la Secretaría de Comercio Interior, organismo dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación, en defensa —según sostuvo— de los derechos de incidencia colectiva del conjunto de usuarios del servicio de televisión por cable del partido de Berazategui.

Que, como se expresó, el a quo confirmó, por mayoría, la medida cautelar solicitada y ordenó una nueva facturación del servicio prestado a los usuarios del partido de Berazategui con sujeción a los precios establecidos por las resoluciones mencionadas. Para así decidir, la cámara consideró, en lo que aquí interesa, que la actora contaba con legitimación para promover la presente acción, sosteniendo que, en esa etapa liminar del proceso correspondía afirmar que en el caso se estaba en presencia de una pretensión que podía ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referida a intereses individuales homogéneos.

5°) Que los agravios dirigidos a cuestionar el pronunciamiento apelado en cuanto rechazó el planteo de falta de legitimación deben ser acogidos.

Ello así, puesto que, en la especie, bajo la apariencia de una pretensión con base en la relación de consumo, el planteo del accionante resulta inherente a una situación jurídica propia del derecho administrativo con relación a la cual no cabe extenderle, sin más, la legitima-

ción representativa prevista por la ley 24.240 para la autoridad local de aplicación (arts. 45 y 52).

Que en efecto, si bien el art. 45, último párrafo, de la ley 24.240 faculta a las provincias para establecer su régimen de procedimiento y de regular la actuación de las autoridades provinciales para aplicar la ley, la competencia de éstas —directa o delegada— se limitan al control, vigilancia y juzgamiento del cumplimiento de la ley de defensa del consumidor y de sus normas reglamentarias (art. 41, texto conf. ley 26.361), **sin que correlativamente se extienda al contralor y juzgamiento de las eventuales infracciones a las normas jurídicas que regulan el mercado y que son dictadas, como ocurre en la especie, en el marco de una específica asignación legal de competencia, aun cuando, por hipótesis, se tratara de circunstancias acaecidas en su ámbito territorial.**

Que de este modo, el debate gira en torno a un eventual incumplimiento de una norma emanada de una autoridad nacional sobre una cuestión de orden federal, que excede, en principio, la normal competencia del municipio de velar por la administración de los intereses locales (conf. arts. 190 y 191 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) y sobre la cual, la autoridad nacional referida cuenta con medios legales para hacer cumplir sus decisiones en un marco procedimental en el cual, a su vez, la accionada pueda contar con las garantías que hacen a la tutela efectiva de sus derechos.

Que bajo dichas circunstancias, el ordenamiento jurídico dispone de acciones y procesos administrativos específicos para que el organismo del Estado pertinente pueda hacer cumplir sus decisiones, y, dentro de ese marco, el administrado pueda defender sus derechos.

Que, la resolución 50/10 aparece dictada por la Secretaría de Comercio Interior como autoridad de aplicación de la ley 20.680 y sus modificatorias, de las que resulta que dicha repartición se encuentra como principio autorizada para usar de todas las atribuciones que le asigna esa ley para intervenir o disponer temporariamente, de aquellos elementos indispensables para el eventual contralor y cumplimiento de la normativa en cuestión.

Que de estas consideraciones cabe deducir que lo resuelto por el a quo en cuanto a la legitimación activa, implica una clara afectación del debido proceso derivada de un apartamiento del derecho aplicable.

6°) Que por lo demás, aun si por hipótesis se siguiera el razonamiento más favorable para el accionante en cuanto a su competencia para articular la pretensión que se persigue en el proceso, surge de las constancias obrantes en el expediente que el a quo, al confirmar el decisorio de primera instancia, omitió ponderar adecuadamente los agravios de la demandada en cuanto a la incidencia que tenía en el pleito —como lo había planteado desde la instancia de origen (fs. 379/381 de los autos principales)— la medida cautelar dictada en la causa “La Capital Cable S.A. c/ Ministerio de Economía” por la Cámara Federal de Mar del Plata, a instancias de la Asociación Argentina de Televisión por Cable, en la que se debatía una cuestión sustancialmente análoga a la del sub lite y mediante la cual se dispuso que la Secretaría de Comercio Interior debía suspender la aplicación de la resolución 50/10.

Que, para así resolver, estimó que dicho pronunciamiento no podía extenderse a quien no fue parte en el proceso en que fue dictada, toda vez que, según sostuvo como principal argumento, una decisión cautelar no puede condicionar otra medida dictada en extraña jurisdicción, en virtud del principio de independencia judicial.

Que dicho argumento constituye una fundamentación solo aparente que afecta la validez de la decisión toda vez que, por una parte, en autos no está cuestionada la independencia judicial, sino el efecto de medidas cautelares dictadas en procesos colectivos en distintas jurisdicciones, con sujetos diferentes, pero vinculadas a una causa común y homogénea.

Que en ese orden, es doctrina de este Tribunal que las sentencias que se pronuncian no pueden ser interferidas o revisadas, por una vía inadecuada, por otras que se dictan en causas diferentes (arg. Fallos: 178:278; 254:95 y sus citas; 270:431) con afectación del adecuado respeto que merecen las decisiones judiciales en cuanto impide que se las obstaculice con medidas innovativas dictadas en juicios diferentes (Fallos: 319:1325). De todo lo cual cabe colegir que los litigantes, eventualmente, no solo se deben someter a sus jueces naturales, sino que **ante ellos** deben efectuar los reparos que consideren de su deber formular por las vías autorizadas por las leyes correspondientes (arg. Fallos: 147:149).

Es que, como señaló este Tribunal en el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111) la insuficiencia normativa no empece a que, con el fin

de prevenir que se menoscabe la garantía del debido proceso legal, se adopten, por vía de interpretación integrativa, pautas mínimas indispensables de prelación para que se eviten pronunciamientos contradictorios derivados de procesos colectivos en los que se ventilan pretensiones sobre un mismo bien jurídico.

Que esta Corte ya había tenido oportunidad de puntualizar con meridiana claridad la importancia de la preferencia temporal y de su gravitación en los procesos vinculados a bienes colectivos (Fallos: 315:1492, considerando 25). Que, en sentido concorde, cabe también recordar el criterio seguido por este Tribunal para resolver casos en los que se presentaba una pluralidad de cautelares contradictorias (Fallos: 326:75 con cita de Fallos: 322:2023) y que, con relación a los procesos colectivos, concretó más específicamente al establecer un criterio hermenéutico mínimo en cuanto a la necesidad de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos (Fallos: 332:111, considerando 20 *in fine*) con el fin de evitar que, por dicha vía, un grupo de personas incluidas en el colectivo obtengan el beneficio de ciertas pretensiones y otras resulten excluidas contrariando uno de los fundamentos que, precisamente, le da razón de ser a la acción colectiva.

Que ello resulta importante a los fines de resguardar a los derechos de los justiciables porque, de lo contrario, habría algunos beneficiados en las localidades en que se han presentado cautelares y otros que no lo estarían, simplemente porque sus autoridades no lo hicieron.

Que, del mismo modo, de seguirse la línea argumental sustentada por el a quo, las empresas también estarían afectadas en la previsibilidad de sus acciones, porque tendrían que fijar sus precios en función de las cautelares que se presenten en cada localidad del país.

Que ello también afecta las relaciones de competencia, protegidas como derecho de incidencia colectiva en la Constitución Nacional (art. 43), ya que no es posible competir en un mercado cuyos precios son fijados por los jueces en distintas jurisdicciones para uno de los oferentes y no para otros.

Que esta afirmación, finalmente, se ve corroborada en el derecho comparado, en el cual se verifica una marcada tendencia de los diversos ordenamientos relativos a la defensa de los derechos del consumi-

dor, en el sentido de excluir que el precio de un bien o servicio pueda ser, por sí mismo, considerado como abusivo por la autoridad judicial (vid. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, art. 4.2, y Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores). Ello así, con el evidente fin de evitar precisamente que, de admitir lo contrario, se generen de modo indirecto los efectos distorsivos del mercado que se mencionaron anteriormente.

7°) Que durante el último tiempo este Tribunal ha advertido un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país. Esta circunstancia genera, además de dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. También favorece la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución —cautelar o definitiva— favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente.

Por estas razones, y en atención a que los aludidos inconvenientes podrían conllevar a situaciones de gravedad institucional, el Tribunal estima necesaria la creación de un Registro de Acciones Colectivas en el que deban inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales del país.

La existencia de un Registro de Acciones Colectivas tiende entonces a evitar el escándalo jurídico que podría representar el dictado de decisiones contradictorias en causas conexas o superpuestas y a lograr la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de justicia. Asimismo, el registro brindará información a los tribunales y a los legitimados colectivos o individuales acerca de la existencia de procesos de esa naturaleza y favorecerá el acceso a justicia al permitir a los habitantes conocer la existencia de procesos y sentencias de las que puedan ser beneficiarios.

La creación del Registro de Acciones Colectivas se realizará a través de una acordada de este Tribunal.

8°) Que, bajo las consideraciones que preceden, no puede sino concluirse que el razonamiento formulado por la Cámara Federal de La Plata, lejos de traducir una de las interpretaciones razonablemente posibles, importa prescindir del estándar establecido por esta Corte en el *leading case* “Halabi”.

9°) Que en tales condiciones corresponde descalificar la decisión apelada, revocar la medida cautelar dispuesta y remitir las actuaciones al juez federal de Mar del Plata por ser el magistrado que previno.

En atención al modo como se resuelve resulta inoficioso pronunciarse sobre los restantes agravios de la recurrente.

Por ello, se resuelve: 1) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la medida cautelar. Reintégrese el depósito de fs. 2. Con costas; 2) Remitir las actuaciones al Juez Federal de Mar del Plata; 3) Hacer saber al Juez Federal de La Plata.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*según su voto*)— CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON
DE NOLASCO

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, en un amparo colectivo promovido por el Intendente de la Municipalidad de Berazategui, confirmó -por mayoría- el pronunciamiento de primera instancia que había hecho lugar a la medida cautelar innovativa y ordenado refacturar el servicio prestado a los usuarios del partido de Berazategui de acuerdo con lo dispuesto en la resolución 50/2010 —y sus derivadas— de la Secretaría de Comercio Interior y percibir un abono de \$ 109 o \$ 116 según los meses de que se tratara obligándola, asimismo, a abstenerse de interrumpir o modificar el servicio hasta tanto se resolviera la cuestión suscitada.

Contra este pronunciamiento, la demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 513/533), cuya denegación (fs. 547), dio origen a la presente queja.

2º) Que si bien las resoluciones adoptadas en materia de medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario, por no tratarse de sentencias definitivas, corresponde hacer excepción a tal principio cuando tales medidas pueden enervar el poder de policía del Estado o exceden el interés individual de las partes y afectan de manera directa el de la comunidad (conf. Fallos: 327:1603; 328:900; 333:1023), sumado ello a la existencia de resoluciones contradictorias dictadas en procesos colectivos, que generan incertidumbre sobre la validez de una norma de alcance nacional.

3º) Que según las constancias de autos, el conflicto se originó a raíz del presunto incumplimiento por parte de la demandada de resoluciones dictadas por la Secretaría de Comercio Interior (resolución 50/2010 y sus derivadas), mediante las cuales se implementó un régimen en materia de precios de la televisión paga y se establecieron distintas fórmulas para la determinación del valor máximo del abono mensual total que los usuarios debían abonar a los operadores.

Con fundamento en los arts. 52 de la ley 24.240, 70 de la ley local 13.133, 42 y 43 de la Constitución Nacional y la ley 16.986, el 27/11/2012 el Intendente de la Municipalidad de Berazategui promovió la presente acción -en defensa de los derechos de incidencia colectiva del conjunto de usuarios del servicio de televisión por cable del partido de Berazategui- con el fin de que se condenara a la demandada a cumplir con las mencionadas resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior. En ese marco solicitó una medida cautelar con el objeto de que se suspendiera el aumento del abono, que fue concedida en primera instancia (fs. 351/353) y confirmada por el a quo (fs. 497/509).

4º) Que, en primer lugar, interesa destacar que la cautelar innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 316:1833; 320:1633).

Ello es así con mayor razón cuando –como en el caso de autos- la cautelar es tomada en el marco de un proceso colectivo pues, por sus efectos expansivos, resulta imprescindible acentuar la apreciación de los parámetros legales exigidos para su procedencia ya que las garantías del debido proceso y la igualdad ante la ley se ven particularmente comprometidas.

5º) Que según surge de las constancias de la causa, el a quo, al confirmar la medida cautelar, omitió ponderar adecuadamente los agravios de la demandada en cuanto a la incidencia que tenía en el pleito —como lo había planteado desde la instancia de origen (fs. 379/381 de los autos principales)— la medida cautelar dictada el 1º de agosto de 2011 por la Cámara Federal de Mar del Plata en la causa “La Capital Cable S.A. c/ Ministerio de Economía”, en la que se dispuso que la Secretaría de Comercio Interior debía suspender la aplicación de la resolución 50/10 respecto de todos los licenciarios de televisión por cable representados por la Asociación Argentina de Televisión por Cable.

6º) Que para así resolver, el tribunal a quo estimó que la medida cautelar dispuesta por la Cámara Federal de Mar del Plata no debía extenderse a quien no fue parte en ese proceso, toda vez que una decisión cautelar no puede condicionar otra medida dictada en extraña jurisdicción, en virtud del principio de independencia judicial.

7º) Que dicho argumento constituye una fundamentación solo aparente que afecta la validez de la decisión toda vez que en autos no está cuestionada la independencia judicial, sino el efecto de medidas cautelares dispuestas en procesos colectivos en distintas jurisdicciones, con sujetos diferentes, pero vinculadas a una causa común y homogénea.

8º) Que en ese orden de ideas, es doctrina de este Tribunal que las sentencias que se pronuncian no pueden ser interferidas o revisadas, por una vía inadecuada, por otras que se dicten en causas diferentes (conf. arg. de Fallos: 178:278; 254:95 y sus citas; 270:431).

Es que, como señaló este Tribunal en el precedente “Halabi” (Fallos: 332:111) la insuficiencia normativa no empece a que, con el fin de prevenir que se menoscabe la garantía del debido proceso legal, se adopten, por vía de interpretación integrativa, pautas mínimas indispensables de prelación para evitar pronunciamientos contradictorios

derivados de procesos colectivos en los que se ventilan pretensiones sobre un mismo bien jurídico.

9º) Que esta Corte puntualizó con meridiana claridad la importancia de la preferencia temporal y de su gravitación en los procesos vinculados a bienes colectivos (conf. Fallos: 315:1492, considerando 25). En sentido concorde, cabe también recordar el criterio seguido por este Tribunal para resolver casos en los que se presentaba una pluralidad de cautelares contradictorias (Fallos: 326:75 con cita de Fallos: 322:2023) y que, con relación a los procesos colectivos, concretó más específicamente al establecer una pauta hermenéutica mínima en cuanto a la necesidad de aventar el peligro de que se dictaran sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos (conf. arg. de las causas “Halabi”, considerando 20 *in fine*).

Asimismo, esta situación fue especialmente advertida por esta Corte en el pronunciamiento C.1074.XLVI. “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario”, del 24 de junio de 2014, en el que se exhortó a los tribunales de grado a implementar adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la superposición de procesos e hizo saber a la asociación actora que en el futuro debía informar en forma clara e indubitable en su primera presentación procesal la iniciación de más de una acción colectiva con el mismo objeto.

10) Que durante el último tiempo este Tribunal ha advertido un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país. Esta circunstancia genera, además de dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. También favorece la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución –cautelar o definitiva- favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente.

Por estas razones, y en atención a que los aludidos inconvenientes podrían conllevar a situaciones de gravedad institucional, el Tribunal estima necesaria la creación de un Registro de Acciones Colectivas en el que deban inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales del país.

La existencia de un Registro de Acciones Colectivas tiende entonces a evitar el escándalo jurídico que podría representar el dictado de decisiones contradictorias en causas conexas o superpuestas y a lograr la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de justicia. Asimismo, el registro brindará información a los tribunales y a los legitimados colectivos o individuales acerca de la existencia de procesos de esa naturaleza y favorecerá el acceso a justicia al permitir a los habitantes conocer la existencia de procesos y sentencias de las que puedan ser beneficiarios.

La creación del Registro de Acciones Colectivas se realizará a través de una acordada de este Tribunal.

11) Que, bajo las consideraciones que preceden, no puede sino concluirse que el razonamiento formulado por la Cámara Federal de La Plata, lejos de traducir una de las interpretaciones razonablemente posibles, importa prescindir del estándar establecido por esta Corte en el *leading case* “Halabi”.

12) Que en tales condiciones corresponde descalificar la decisión apelada, revocar la medida cautelar dispuesta y remitir las actuaciones al juez federal de Mar del Plata por ser el magistrado que previno.

En atención al modo como se resuelve resulta inoficioso pronunciarse sobre los restantes agravios de la recurrente.

Por ello, se resuelve: 1) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la medida cautelar. Reintégrese el depósito de fs. 2. Con costas; 2) Remitir las actuaciones al Juez Federal de Mar del Plata; 3) Hacer saber al Juez Federal de La Plata.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de hecho interpuesto por **Cablevisión S.A.**, representada por el Dr. **José Méndez Acosta**.

Tribunal de origen: **Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes**.

TAPIA, MASIMA c/ ADMINISTRACION NACIONAL DE LA
SEGURIDAD SOCIAL s/ AMPAROS Y SUMARISIMOS

BENEFICIO PREVISIONAL

Corresponde revocar la sentencia que rechazó la acción de amparo interpuesta por la actora con el objeto de que se declarase la inaplicabilidad del art. 4° de la resolución de la ANSeS que supeditaba el acceso a la jubilación anticipada creada por la ley 25.994, para aquellas personas que ya gozaban de un beneficio previsional, a la cancelación del total de la deuda por aportes impagos si el organismo previsional -ya vigente la resolución referida- le había otorgado la jubilación y determinado el haber inicial y las atribuciones con que cuentan los organismos administrativos para suspender, revocar, modificar o sustituir las resoluciones que otorguen beneficios jubilatorios -art. 15 de la ley 24.241- existen a condición de que la nulidad resulte de hechos o actos fehacientemente probados y presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los temas cuestionados con el objeto de resguardar la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional y 1°, inc. f, de la ley 19.549), aspectos que no pueden estimarse cumplidos en el caso.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, revocó la sentencia de la anterior instancia y rechazó la acción de amparo interpuesta con el objeto que se declare la inaplicabilidad del artículo 4° de la Resolución ANSeS 884/06, por medio de la cual se establece el pago íntegro de la deuda antes de obtener la jubilación en los términos del decreto 1451/06, para aquellos que gozan de otro beneficio previsional.

Para así decidir sostuvo, en lo substancial, que la norma impugnada no aparece, *prima facie*, como una violación constitucional al derecho de la seguridad social pues no impide la obtención del beneficio sino que lo condiciona a la cancelación de la deuda reconocida. Aseveró, asimismo que la acción de amparo procede para la tutela inmediata

de un derecho constitucional violado en forma manifiesta, supuesto que no se da en la causa a estudio.

Contra lo así resuelto la actora interpuso un recurso extraordinario que denegado motivó esta presentación directa (v. fs. 112/113, 116/119 del principal y 25/29 del cuaderno respectivo).

-II-

La recurrente achaca arbitrariedad a la sentencia dictada, por entender que el *a quo* no realizó un análisis razonado de las cuestiones debatidas ya que -continúa dejó de lado la consideración de elementos de prueba que resultaban relevantes para la correcta solución del litigio.

Pone de resalto que incorrectamente le delegaron a la ANSeS facultades que son exclusivas del Congreso de la Nación y que el organismo previsional, al ejercerlas -dictando la resolución impugnada- excedió los límites fijados por el Poder Ejecutivo violando el principio de coherencia que debe existir entre las disposiciones legales de distinta jerarquía. Asevera que la vía de amparo utilizada es la adecuada en casos como el presente, pues su trámite no requiere más reparos que un cuidadoso examen de la constitucionalidad de la medida.

Por último expresa que el organismo previsional utilizó una vía de hecho para revocar el beneficio que ya había sido concedido pues no dictó acto administrativo alguno para suspender su pago.

-III-

Ante todo, cabe recordar que, como tiene dicho la Corte, si el rechazo de la acción de amparo deja subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria, el recurso extraordinario resulta improcedente pues no se dirige contra una resolución definitiva (confr. Doctrina de Fallos: 311:2319).

Sin perjuicio de ello, en dicho contexto y de admitirse que la denegatoria de la admisión de la vía utilizada solicitada en esta causa puede provocar un agravio actual e inminente a la actora en tanto se dejó sin efecto el beneficio previsional que le fue otorgado, estimo que el remedio interpuesto no podrá prosperar, pues el fallo recurrido se encuentra, desde mi óptica, al abrigo de la tacha de arbitrariedad que se le endilga. Sobre ello, cabe destacar que la apelante sólo expresa su discrepancia con la interpretación efectuada por el *a quo* respecto de los presupuestos de habilitación formal del amparo, en particular, la

ausencia de arbitrariedad manifiesta, sin demostrar apartamiento de las reglas aplicables, la falta de fundamentación en los hechos conducentes del sub-lite, o la irrazonabilidad de las conclusiones.

Por último y, a todo evento, debo puntualizar que el fondo de la cuestión guarda substancial analogía a la examinada en la causa S.C. H. 226; L. XLIV “Hoffman Elsa c/ ANSeS s/ amparo” dictamen de fecha 24 de febrero de 2011.

Por lo expuesto, opino que se debe rechazar la queja intentada. Buenos Aires, 29 de febrero de 2012. *Marta Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de septiembre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Tapia, Masima c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ (materia: previsional) amparos y sumarísimos”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social revocó el fallo de la instancia anterior y rechazó la acción de amparo interpuesta por la actora con el objeto de que se declarase la inaplicabilidad del art. 4º de la resolución de la ANSeS 884/06, que supeditaba el acceso a la jubilación anticipada creada por la ley 25.994, para aquellas personas que ya gozaban de un beneficio previsional, a la cancelación del total de la deuda por aportes impagos.

2º) Que para decidir de tal modo, el a quo expresó que el requisito establecido por la citada resolución no aparecía, *prima facie*, como una violación constitucional al derecho a la seguridad social, pues no impedía su obtención, sino que la condicionaba a la cancelación total de la deuda reconocida, supuesto que, por otra parte, se asemejaba a lo dispuesto por los arts. 19 de la ley 24.241 y 31 de la ley 18.038, que también establecían como requerimiento para acceder a la prestación no registrar obligaciones impagas en materia de aportes previsionales.

3°) Que, en consecuencia, la cámara concluyó que la acción de amparo intentada era improcedente, pues el vicio que supuestamente comprometía garantías constitucionales no era evidente, de manera que la dilucidación del conflicto exigía una mayor amplitud de debate y prueba. Contra ese pronunciamiento, la actora interpuso el recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la presente queja.

4°) Que si bien es doctrina de esta Corte que la decisión concerniente a la admisibilidad del amparo es, en principio, insusceptible de revisión en esta instancia dado que remite al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal, extrañas a la vía intentada, ello no es óbice a la procedencia del recurso cuando la alzada ha obrado con excesivo rigor formal y omitido tratar planteos y constancias de las actuaciones aptos para incidir en la solución del litigio (Fallos: 312:623; 320:2711; 327:2955; 327:3082; 330:5201; 332:1616).

5°) Que ello es así pues en el caso, el a quo ha expresado en forma dogmática que la dilucidación del conflicto exigía una mayor amplitud de debate y prueba, sin fundamentar la necesidad y temática de esa mayor discusión y sin referir siquiera qué elemento ausente en el proceso –y cuya obtención no fuera posible- hubiese sido indispensable para su correcta solución.

6°) Que a requerimiento del Tribunal, la actora acompañó copia de la resolución administrativa dictada en la causa, de la que surge que el organismo previsional, con fecha 10 de abril de 2007 –es decir, ya vigente la resolución de la ANSeS 884/06-, no sólo le había otorgado la jubilación, sino que además había determinado el haber inicial en \$270,20, fijado la cancelación de la deuda en 57 cuotas mensuales de \$178,94 cada una –a descontarse de los haberes retroactivos y mensuales-, y ordenado que el beneficio se abonara a través del B.I. CREDITANSTALT S.A., a partir del mes de septiembre de 2007 (cfr. fs. 47 de la queja).

7°) Que esta Corte tiene dicho que las atribuciones con que cuentan los organismos administrativos para suspender, revocar, modificar o sustituir las resoluciones que otorguen beneficios jubilatorios –art. 15 de la ley 24.241- existen a condición de que la nulidad resulte de hechos o actos fehacientemente probados, y presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los temas cuestionados con el objeto

de resguardar la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional y 1°, inc. f, de la ley 19.549), aspectos que no pueden estimarse cumplidos en el caso (Fallos: 305:307) y A.1415.XL “Alarcón Vargas, Froilán c/ ANSeS s/ recomp. del haber cargo c/ benef. –med. caut.”, resuelta con fecha 11 de diciembre de 2007.

8°) Que lo expresado, sumado a la constante jurisprudencia de esta Corte que establece que no debe llegarse al desconocimiento de los derechos tutelados por las leyes previsionales sino con extrema cautela (Fallos: 240:174; 266:299; 330:4687; 331:72; 335:346), evitando incurrir en excesos rituales que conduzcan eventualmente al desconocimiento de la verdad jurídica objetiva (Fallos: 238:550; 248:625), torna procedente el remedio federal intentado y lleva a descalificar el pronunciamiento impugnado.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario, y se revoca la sentencia apelada. Estése a lo dispuesto por el juez de grado a fs. 90/93 del expediente principal, en cuanto declara la inaplicabilidad, para el caso concreto, de la resolución de la ANSeS 884/06. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho interpuesto por **Másima Tapia**, representada por la **Dra. Paulina Inés Churba**.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 4**.

BOSTON CIA ARGENTINA DE SEGUROS SA c/ EN - AFIP
s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO**COMISIONES BANCARIAS**

Cabe confirmar la sentencia que rechazó la pretensión de la actora, tendiente a que cesen de efectuarse retenciones en concepto de “comisiones bancarias” sobre la recaudación mensual proveniente de las cuotas abonadas por los empleadores de conformidad con la ley 24.557 -riesgos del trabajo-, pues lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 25.345 y en el artículo 45 de la ley 25.401, otorgan sustento legal suficiente al cobro de las de dichas comisiones devengadas en los períodos mensuales posteriores a la publicación en el Boletín Oficial de la primera de tales leyes, que tuvo lugar el 17 de noviembre de 2000.

COMISIONES BANCARIAS

Cabe confirmar la sentencia que rechazó la pretensión de la actora, tendiente a que cesen de efectuarse retenciones en concepto de “comisiones bancarias” sobre la recaudación mensual proveniente de las cuotas abonadas por los empleadores de conformidad con la ley 24.557 -riesgos del trabajo-, pues el cuestionamiento formulado por la actora al artículo 45 de la ley 25.401 -con sustento en que su contenido, por estar incluido en una Ley de Presupuesto, se encontraría vedado por el artículo 20 de la ley 24.156-, no resulta atendible en virtud de la jurisprudencia del Tribunal que señala que no hay obstáculo constitucional para que el Poder Legislativo establezca, suprima o modifique tributos (u otro tipo de ingresos) en la ley de presupuesto, y pese al loable propósito que persigue dicho artículo, tal norma no prevalece por su jerarquía normativa frente a otras leyes que dicta el Congreso de la Nación y, por tanto, cuanto allí se dispone puede ser derogado por otra ley posterior, en forma expresa o tácita, dado que el Poder Legislativo no se halla vinculado indefectiblemente hacia el futuro por sus propias autorestricciones.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 507/510 vta., la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda de Boston Cía. Argentina de Seguros S.A., por medio de la cual perseguía el cese en la retención y descuento de las comisiones bancarias realizados por la AFIP sobre las cuotas abonadas a ella por los empleadores en cumplimiento de la ley 24.557, de riesgos del trabajo.

Para así decidir, realizó una breve reseña de las normas que establecen en cabeza del organismo fiscal la tarea de aplicar, recaudar, fiscalizar y ejecutar judicialmente los recursos de la seguridad social correspondientes a todos los aportes y contribuciones que recaen sobre la nómina salarial.

Sostuvo que el art. 14 de la ley 25.345 facultó al Poder Ejecutivo Nacional a establecer una comisión de hasta el 0,7% del total de la recaudación correspondiente a los aportes personales destinados al régimen de capitalización de la ley 24.241 y de las contribuciones patronales de la ley 24.557, para la atención del gasto que demanden las funciones ya señaladas de la AFIP, a cargo -en lo que aquí interesa- de las aseguradoras de riesgos del trabajo -ART, en adelante-, la que se abonará previo a la transferencia de los recursos que correspondan.

Agregó que la ley 25.401, en su art. 45, sustituyó el inc. d), del art. 2º, del decreto 2.741/91, y que especificó que los fondos destinados a las ART les serían transferidos automáticamente, pero netos de las comisiones que cobren las entidades bancarias recaudadoras y del 0,5% que se determinaba para atender el gasto que demandaban las funciones asignadas a la AFIP.

Tras reseñar la doctrina de la Corte Suprema con relación a las tasas, concluyó en que las comisiones bancarias en crisis no participan de las notas definatorias de aquéllas. Adujo que es cierto que las comisiones son cobradas coactivamente a las ART, descontándolas automáticamente de los conceptos depositados en su favor, pero que no se relacionan con el desenvolvimiento de una actividad a cargo de un ente público, ya que se trata de entidades bancarias privadas, circunstancia que obsta a que pueda conceptuarse como un tributo de dicha especie.

-II-

Disconforme con tal decisión, la actora interpuso el recurso extraordinario que luce a fs. 519/545, concedido a fs. . 562/562 vta. sólo en lo tocante a la interpretación de normas federales, y rechazado en lo demás, sin que se haya interpuesto queja al respecto.

Señaló que la AFIP, por razones de administración tributaria, acordó con diversas entidades bancarias para que éstas reciban los pagos realizados por los contribuyentes, y que el costo de esta tarea fue derivado hacia las ART, a través de las normas aquí impugnadas.

En síntesis, expresó que las referidas comisiones bancarias cuyo coste debe afrontar de manera compulsiva constituyen una tasa, la que no cuenta con el preceptivo respaldo legal.

-III-

A mi modo de ver, recurso extraordinario resulta formalmente procedente, en razón de estar controvertido el alcance de normas de naturaleza federal y ser la decisión del tribunal superior de la causa contraria al derecho que la apelante fundó en ellas, tal como lo establece el inc. 3° del art. 14 de la ley 48 (v. Fallos: 321:1848; 324:1871; 326:3308, entre otros).

Es de recordar que al versar la causa sobre la inteligencia de normas federales, V.E. no se encuentra limitada por los argumentos del tribunal apelado o de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 310:2200; 314:529 y 1834, entre otros).

-IV-

En el precedente de Fallos: 323:3770, V.E. sostuvo que hasta el dictado del decreto 823/98 *“ni la ley 24.557 ni otra norma legal habían establecido una contraprestación por el servicio que la misma ley reguladora de las ART puso en cabeza de la AFIP, en cuanto a la verificación y recaudación de las sumas correspondientes a las citadas empresas, que deben ser abonadas conforme al art. 23 de la ley de riesgos del trabajo”*. Por tal motivo, la pretensión del Poder Ejecutivo de retribuir las tareas de la AFIP mediante la creación de una tasa establecida por el mentado decreto, cobrando coactivamente una remuneración por el servicio de recaudación prestado a ciertas empresas privadas (ART en el caso), resultaba inadmisibles por colisionar frontalmente con las normas de la Carta Magna que establecen el principio de reserva de ley tributaria.

Anticipo que, a mi modo de ver, la situación allí resuelta guarda semejanza con la tratada en autos, lo que aconseja una solución idéntica.

En efecto, el art. 23 de la ley 24.557 dispuso de forma expresa que las prestaciones a cargo de las ART se financien mediante una cuota mensual a cargo del empleador, cuya base de cálculo se determina conforme con las reglas del art. 9° de la ley 24.241 y que deberá incluir todas las prestaciones que tengan carácter remuneratorio a los fines del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) -actualmente denominado Sistema Integrado Previsional Argentino, SIPA, conf. ley 26.425-. Asimismo, se previó que la cuota debe ser declarada y abonada conjuntamente con los aportes y contribuciones que integran la Cuota Unificada de la Seguridad Social (CUSS) y su fiscalización, verificación y ejecución.

El art. 9° del decreto 334/96 -según la modificación del art. 18 de su similar 491/97- establece en su punto 1° que la cuota debida a las ART será declarada e ingresada durante el mes en que se brinden las prestaciones, con las mismas modalidades, plazos y condiciones establecidas para el pago de los aportes y contribuciones destinados al SUSS, y que la DGI establecerá los mecanismos para su distribución.

Por su parte, el decreto 507/93 -ratificado por la ley 24.447- modificó el art. 2° de su similar 2.741/91 y asignó a la DGI -hoy a la AFIP, tras el dictado del decreto 618/97-, entre otras funciones, las relativas a la recaudación de todos los recursos de la seguridad social y de todo otro aporte o contribución que se deba recaudar sobre la nómina salarial. Y, más adelante, en su art. 22, dispuso que el art. 23 de la ley 11.683 (t.o. en 1998) será de aplicación a los recursos de la seguridad social, en tanto faculta a la AFIP para acordar con entidades bancarias la apertura de cuentas para facilitar la percepción de los gravámenes a su cargo.

Así las cosas, resulta claro que las entidades bancarias -de cuyas comisiones aquí se trata- actúan como mandatarias del Fisco Nacional para la percepción de los gravámenes que a éste corresponde recaudar. Por lo tanto y en principio, los particulares se hallan al margen de las normas de dicho contrato, respecto del cual son terceros ajenos, lo que incluye los costos de su ejecución.

En lo que ahora interesa, el mentado decreto 823/98 sustituyó nuevamente el art. 2° del decreto 2.741/91, estableciendo en el punto d) que la AFIP, como encargada de la recaudación, fiscalización y ejecución judicial de todo otro aporte o contribución que de acuerdo con la normativa deba recaudarse sobre la nómina salarial -entre ellos los destinados a las ART-, debe transferir automáticamente tales sumas

“previa deducción (...) del porcentaje que se determinará mediante Resolución Conjunta de los Ministerios de Economía y Obras y Servicios Públicos y de Trabajo y Seguridad Social, para la atención del gasto que demanden las funciones encomendadas (...)” a la propia AFIP.

Y, en el art. 2° de ese decreto 823/98, se estableció otra detracción independiente, a realizarse con carácter previo a la recién referida, en cuanto dispuso que “La aplicación del porcentaje a que se refiere el artículo 2° del Decreto N° 2.741 del 26 de diciembre de 1991, se efectuará previa deducción de los montos que en cada caso correspondan, en concepto de comisiones bancarias de recaudación”.

Dos conclusiones se imponen a esta altura del dictamen. En primer lugar, que la norma reglamentaria realizó una clara diferencia entre dos tipos de gastos de la AFIP cuya retribución por los beneficiarios pretendía: por un lado “las comisiones bancarias” y, por otro, “los demás gastos que demande a la AFIP la realización de las tareas asignadas”. Estimo que, al respecto, debe tenerse presente la clara pauta interpretativa de V.E. que postula que la exégesis de las normas debe practicarse sin violencia de su letra y de su espíritu, con el propósito de efectuar una interpretación que no resulte ajena a lo que la ley establece, desde que la primera fuente de hermenéutica de la ley es su letra (arg. Fallos: 321:802, 2010 y 3215), lo que cabe agregar que no resulta admisible una interpretación que equivalga a prescindir del texto legal (Fallos: 321:2093).

La segunda conclusión es que la detracción coactiva que ambos conceptos involucra constituyen, a mi modo de ver, un claro y típico supuesto tributario encuadrable bajo el concepto de tasa, de acuerdo con la clara y permanente jurisprudencia de V.E. a su respecto (arg. Fallos: 251:50 y 222; 312:1575; 323:3770; 331:1504, entre otros) sin que su naturaleza se vea mutada, a mi modo de ver, por la circunstancia de que el servicio retribuido sea prestado por un particular -las entidades bancarias- tal como se sostuvo en la sentencia apelada.

Sobre esa materia, posteriormente, la ley 25.345, en su art. 14, ratificó parcialmente el decreto 823/98, y facultó al Poder Ejecutivo Nacional a fijar una comisión de hasta el 0,7% del total de la recaudación correspondiente a los aportes destinados al régimen de capitalización de la ley 24.241 -derogado por la ley 26.425- y de las contribuciones patronales de la ley 24.557, aspecto éste que vinculado con la presente litis. En efecto, tal ratificación legislativa no fue íntegra, ya que, en el segundo párrafo de este art. 14, el legislador expresó que esa comisión se establecía para “la atención del gasto que demande las funciones

de la AFIP”, y que quedará a cargo de las ART, quienes lo abonarán previo a la transferencia de los recursos que correspondan, añadiendo que la ratificación del decreto 863/98 se hacía “a este solo efecto”. Advertido que nada dijo el legislador aquí sobre las comisiones bancarias, erogación diferenciada a los efectos de su detracción.

Más adelante en el tiempo, el art. 45 de la ley 25.401 sustituyó nuevamente el inc. d) del art. 2° del tantas veces modificado decreto 2.741/91, estableciendo, en lo que es pertinente para esta causa, que la tasa para financiar “la atención del gasto que demanden las funciones encomendadas a la AFIP” sería del 0,50% -con excepción de lo dispuesto en el art. 14 de la ley 25.345, y que ello sería realizado luego de la deducción de “las comisiones que cobren las entidades bancarias recaudadoras”.

Debo recordar que en mi dictamen del 28 de septiembre de 2007, vertido en la causa C.1724, L.XLII, “CNA ART SAc/ E.N. - AFIP - Ley 25.345 - Dto. 823/98 s/ proceso de conocimiento”, opiné que el rubro relativo a “los demás gastos de la AFIP”, que había sido motivo de disputa en la sentencia de Fallos: 323:3770, se hallaba ratificado por la ley 25.345, circunstancia que, a la luz de lo sentenciado por V.E. en el precedente de Fallos: 321:347, cons. 10, permitía entender que el tributo contaba con cobertura legal suficiente, al poseer todos sus elementos fundamentales definidos con claridad, para tener efectos válidos con relación a los hechos acaecidos luego de la publicación de la norma legal.

Sin embargo, aprecio que no ocurre igual con relación al restante rubro de gastos, denominado “comisiones bancarias”, puesto que tanto la citada ley 25.345 como la posterior 25.401 se han circunscripto expresamente a ratificar el tributo establecido por el decreto 823/98 para cubrir “los demás gastos en que incurre la AFIP”, sin hacer mención alguna al que retribuye las comisiones bancarias, hecho que, a mi modo de ver y en atención a la doctrina de V.E. sobre el principio de reserva de ley en materia tributaria (arts. 4°, 17 y 75 -incs. 1° y 2°- de la Constitución Nacional) impide reconocerle validez a la postura de la demandada.

-V-

En virtud de lo hasta aquí expuesto, considero que cabe hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 11 de mayo de 2010. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2014.

Vistos los autos: “Boston Cía. Argentina de Seguros S.A. c/ EN – AFIP s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 507/510 vta.), confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior que rechazó la pretensión de la actora, tendiente a que cesen de efectuarse retenciones en concepto de “comisiones bancarias” sobre la recaudación mensual proveniente de las cuotas abonadas por los empleadores de conformidad con la ley 24.557, de riesgos del trabajo. La accionante fundó su demanda en la inconstitucionalidad que atribuyó al decreto 863/98, a las resoluciones dictadas en su consecuencia, y al artículo 45 de la ley 25.401, por lo cual adujo que “dicha detracción resulta manifiestamente contraria a nuestra Constitución Nacional y legislación que regula la materia”.

2°) Que, para así decidir, el tribunal a quo consideró, en síntesis, que las referidas “comisiones bancarias” no participan de las notas definitorias de las tasas, toda vez que, aunque ellas se aplican de modo coactivo a las aseguradoras de riesgo de trabajo, no se relacionan con la actividad a cargo de un ente público, sino con la desarrollada por entidades privadas, en ejercicio de actividades que les son propias, netamente bancarias o financieras. En consecuencia, entendió que no resultaba aplicable a tales comisiones el principio de reserva de ley que debe observarse en materia tributaria y que, por tal motivo, no se justificaba la tacha de inconstitucionalidad formulada por la actora.

3°) Que contra tal sentencia, Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. interpuso recurso extraordinario (fs. 519/545) que, tras ser contestado (fs. 548/560) fue concedido con los alcances que resultan de la resolución de fs. 562 y que resulta formalmente procedente por encontrarse cuestionada la inteligencia de normas de carácter federal (artículo 14, inc. 3°, de la ley 48).

4°) Que en el precedente “Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo” (Fallos: 331:831, voto de la mayoría y concurrente del juez Petracchi), a cuyos fundamentos corresponde remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad, la Corte estableció que las “comisiones bancarias” que la AFIP detrae de la recaudación sobre la nómina salarial que acredita a las ART revisten el carácter de “tasa” y, por ende, se encuentran alcanzadas por el principio de reserva o legalidad que rige en materia tributaria según conocida y reiterada jurisprudencia del Tribunal.

5°) Que en el citado precedente, la impugnación del accionante se circunscribió a las aludidas comisiones cobradas mensualmente por la Administración Federal de Ingresos Públicos entre los meses de julio de 1996 y julio de 1998, y al respecto esta Corte concluyó —sobre la base de la inteligencia precedentemente reseñada— que el cobro fue ilegítimo por ausencia de una ley que lo autorizara.

En el caso de autos, la actora cuestiona la legitimidad de las retenciones practicadas al momento de promover la demanda —lo que tuvo lugar en el mes de mayo de 2003 (conf. cargo de fs. 49 vta.)— y solicita que se ordene a la AFIP que cese de efectuarlas. Esta circunstancia obliga a considerar las normas dictadas con posterioridad al examinado en el citado precedente “Prevención”.

6°) Que el decreto 863/98 —publicado en el Boletín Oficial el 28 de julio de 1998— sustituyó el texto del artículo 2° del decreto 2741/91 —con la redacción impuesta por el decreto 507/93, ratificado por la ley 24.447— y, mediante su artículo 2°, estableció que “la aplicación del porcentaje a que se refiere el artículo 2° del decreto 2741 del 26 de diciembre de 1991, se efectuará previa deducción de los montos que en cada caso correspondan, en concepto de comisiones bancarias de recaudación”.

Posteriormente, el artículo 14 de la ley 25.345 (publicada en el Boletín Oficial el 17 de noviembre de 2000) facultó al Poder Ejecutivo a fijar una comisión de hasta el 0,7% del total de la recaudación correspondiente a los aportes personales destinados al régimen de capitalización de la ley 24.241 y de las contribuciones patronales de la ley 24.557. El segundo párrafo del citado artículo dispuso que tal comisión se establecía “para la atención del gasto que demande las funciones de la Administración Federal de Ingresos Públicos y estará a cargo

de las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones y de las aseguradoras de riesgos del trabajo, quienes lo abonarán previo a la transferencia de los recursos que correspondan”. Y finalmente estableció lo siguiente: “A este solo efecto ratificase el decreto 863 del 27 de julio de 1998”.

7°) Que lo dispuesto en el citado artículo 14 revela que la intención del Poder Legislativo ha sido la de conferir rango legal a los contenidos que fueron plasmados en el decreto 863/98 (cfr. doctrina de Fallos: 321:366 y 325:2394). Al respecto resulta aplicable la doctrina del Tribunal en cuanto a que si bien la ley “carece de eficacia para convalidar retroactivamente un decreto que —de acuerdo con la Constitución Nacional— adolece de nulidad absoluta e insanable, no existe razón alguna para privarla de efectos en relación con hechos acaecidos después de su publicación en el Boletín Oficial” (conf. “Cic Trading”, Fallos: 321:347, en especial considerando 10 y, en el mismo sentido, “Kupchik”, Fallos: 321:366).

8°) Que en lo que tiene relevancia a los fines de la cuestión discutida en los presentes autos, la ratificación del decreto 863/98 en los términos en que fue realizada por el artículo 14 de la ley 25.345, debe entenderse que implicó el mantenimiento de lo dispuesto en aquél, en cuanto a que el porcentaje autorizado se aplicará “previa deducción de los montos que en cada caso correspondan en concepto de comisiones bancarias de recaudación”.

9°) Que la conclusión expuesta se corrobora por la circunstancia de que menos de dos meses después de promulgada la citada ley 25.345, se publicó la ley 25.401 (Boletín Oficial del 4 de enero de 2001), cuyo artículo 45, al sustituir el inciso d del artículo 2° del decreto 2741/91 y sus modificaciones, ratificado por la ley 24.241, dispuso que los fondos provenientes de la recaudación de aportes y contribuciones sobre la nómina salarial serán transferidos automáticamente a las entidades beneficiarias —entre las que menciona a las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo— “netos de las comisiones que cobren las entidades bancarias recaudadoras” (el subrayado es agregado), y previa deducción del porcentaje que se determine —con el tope allí fijado— para la atención del gasto que demanden las funciones encomendadas en ese artículo a la AFIP y con excepción de lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 25.345. En efecto, es indudable que la expresión subrayada, importa la autorización legislativa para que el ente fiscal descuente —antes de

transferir los fondos correspondientes— los importes de las comisiones que haya acordado con las entidades bancarias.

10) Que, en síntesis, y en lo que interesa para la decisión del caso en examen, cabe concluir que lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 25.345 y en el artículo 45 de la ley 25.401, otorgan sustento legal suficiente al cobro de las cuestionadas comisiones bancarias devengadas en los períodos mensuales posteriores a la publicación en el Boletín Oficial de la primera de tales leyes, que tuvo lugar, como se señaló, el 17 de noviembre de 2000.

11) Que por lo demás, el cuestionamiento formulado por la actora al citado artículo 45 de la ley 25.401 —con sustento en que su contenido, por estar incluido en una Ley de Presupuesto, se encontraría vedado por el artículo 20 de la ley 24.156—, no resulta atendible en virtud de la jurisprudencia de este Tribunal que señala que no hay obstáculo constitucional para que el Poder Legislativo establezca, suprima o modifique tributos (u otro tipo de ingresos) en la ley de presupuesto. Y que pese al loable propósito que persigue el artículo 20 de la ley 24.156, esa norma no prevalece por su jerarquía normativa frente a otras leyes que dicta el Congreso de la Nación y, por tanto, cuanto allí se dispone puede ser derogado por otra ley posterior, en forma expresa o tácita. Es que el Poder Legislativo no se halla vinculado indefectiblemente hacia el futuro por sus propias autorestricciones (Fallos: 325:2394).

12) Que lo expuesto en los considerandos que anteceden conduce —aunque sobre la base de una línea de razonamiento distinta de la seguida por el a quo— a confirmar la decisión que rechazó la demanda, pues el objeto de ésta consistió —tal como fue definido por la actora al promoverla— en que se ordene a la AFIP que cesara en detraer los importes correspondientes a las cuestionadas “comisiones bancarias” (confr. fs. 2 y 48). Y al ser ello así, de las razones desarrolladas en la presente sentencia surge con claridad que al momento de presentarse el escrito de demanda —el 5 de mayo de 2003 (fs. 49)— la detracción efectuada en concepto de las referidas comisiones bancarias contaba con el respaldo legal conferido por las leyes 25.345 (artículo 14) y 25.401 (artículo 45) —dictadas con mucha anterioridad— por lo cual no se justifican las objeciones del accionante a la validez de los descuentos efectuados a partir de la iniciación de la presente causa.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y —por las razones expuestas en esta sentencia— se confirma lo resuelto por el a quo con el alcance que resulta de la presente. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Boston Cia. de Seguros S.A.**, representada por el **Dr. Fernando P. Restelli**.

Traslado contestado por el **Fisco Nacional (Administración Federal de Ingresos Públicos)**, representado por la **Dra. Andrea V. Giles**, con el patrocinio letrado del **Dr. Mario Sánchez Cimetti**.

Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 9**.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA ROSA c/ LANATA
JORGE Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

LIBERTAD DE PRENSA

Entre el conflicto entre la libertad de prensa y el derecho al honor, aquél adquiere su mayor alcance cuando el honor afectado es el de una persona pública y la lesión proviene de la difusión de información de interés público probadamente falaz e inexacta.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

LIBERTAD DE PRENSA

La doctrina “Campillay” (Fallos: 308:789) -que protege a quien, al difundir una noticia individualizando su fuente, no se hace cargo de su veracidad ni le agrega fuerza de convicción- no resulta pertinente si el periodista demandado no se limitó a reportar los dichos de los denunciantes o los datos obrantes en los documentos sobre los

que daba cuenta en su programa, sino que hizo suya la información, ratificándola en la segunda de las emisiones y declarándose seguro de su certeza.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

REAL MALICIA

De acuerdo a la doctrina de la real malicia, para que una persona pública pueda pretender una reparación civil por los daños causados por la difusión de información falsa o inexacta sobre asuntos de interés público que la conciernen directamente, la demanda debe acreditar en primer lugar, el carácter falaz de la información difundida.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

PERIODISMO

La acreditación del factor de atribución más exigente de la “real malicia” requiere algo más que la simple atribución de la violación de un deber de cuidado periodístico, exige la debida acreditación de la consciencia de la falsedad de la noticia o un desinterés temerario con respecto a su probable falsedad.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

REAL MALICIA

La interpretación según la cual el envío por el funcionario agraviado al medio periodístico de una nota afirmando que una noticia es falsa es capaz por sí de trasmutar la posible negligencia de quien ha propalado la noticia en temerario desinterés o real malicia, implicaría crear un recurso sencillo en manos del funcionario interesado en que una información deshonrosa no circule para que la actividad informativa se retraiga.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-.

LIBERTAD DE PRENSA

Las omisiones atribuidas al discurso televisivo del demandado no muestran que la información era falsa y pudiera generar responsabilidad civil

si las denuncias de tráfico de influencia que involucraban a la accionante realmente existieron, más allá de que la información periodística fuera incompleta por dejar de lado que éstas concluyeron en sobreseimientos.
-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

LIBERTAD DE PRENSA

Para que las omisiones que la cámara atribuye al periodista demandado puedan dar lugar a responsabilidad civil por daños, la actora debería probar que aquél omitió dar esa información a sabiendas de que al no mencionar esos datos ofrecería una imagen falsa de la actora -real malicia- o al menos que las omisiones se debieron a un desinterés temerario por la verdad de la información que brindaba, no siendo suficiente con la demostración de que ha sido negligente al difundir la información inexacta.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil -sala D- confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci contra el periodista Jorge Ernesto Lanata, la productora Flipper Com S.A. y el canal América TV S.A., a raíz de la alegada violación de su honor producida por los siguientes dichos del periodista en dos emisiones televisivas del programa “Día D Clásico” difundidas por aquel canal.

En la emisión del día 13 de julio de 2003, en un segmento del programa dedicado a las mujeres que entonces se nominaban como candidatas a la posición de juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el señor Lanata se refirió a la actora en ese momento, jueza de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza afirmando que el Poder Ejecutivo había descartado su candidatura en virtud de “una serie de denuncias por tráfico de influencias” que la involucrarían. Las denuncias que el periodista citó en su exposición aludían centralmen-

te al señor Nedo Carlucci, marido de la actora, quien, actuando como abogado de un banco, en un caso, y de un director de otro banco, en el otro, habría aprovechado de algún modo la posición judicial de la actora para lograr ventajas procesales. Lanata individualizó a los denunciados de uno de los casos y el número de expediente de uno de los procesos penales iniciados en virtud de una de las denuncias.

En la emisión del mismo programa del 20 de julio de 2003, como consecuencia de una nota enviada por el representante legal de la actora, el periodista afirmó que confirmaba lo dicho en el programa anterior pues, concluyó, “estamos seguros [de] que es cierto” (cf. desgravación de los programas, fs. 19-21).

En la demanda a la que la Cámara hizo lugar, la actora se agravió por el daño en su honor que habría sufrido en virtud del carácter falso que atribuyó a la información reportada por el señor Lanata en esas dos emisiones de su programa.

Además de confirmar la condena dictada en primera instancia, la Cámara redujo a la suma de cien mil pesos la indemnización doscientos mil pesos que había sido dispuesta por el juez civil y ordenó la publicación de un resumen de la sentencia en los dos diarios de mayor circulación nacional, en lugar de la publicación completa que había ordenado la sentencia apelada (cf. fs. 1237/1249).

-II-

Disconformes con la decisión de la sala, los demandados interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 1258/1269 y 1272/1282) que fueron concedidos por la existencia de cuestión federal y rechazados respecto de la arbitrariedad invocada (fs. 1308/1309), sin que se interpusiera queja, circunstancia que limita la competencia del Tribunal en la medida admitida por el *a quo* (Fallos: 322:2559 y 324:1721).

En lo que aquí interesa, el señor Lanata y Flipper Com S.A. se agravian en su recurso de la que consideran una errónea aplicación al caso de la doctrina de V.E. en materia de libertad de expresión. En lo fundamental sostienen que una sentencia de condena como la dictada por el *a quo* contraría las doctrinas constitucionales de V.E. del precedente “Campillay” (Fallos: 308:789) y las referidas a la responsabilidad por la propalación de información inexacta, en especial, la de la sentencia *in re* “Patitó” (Fallos: Fallos: 331:1530). Pues -afirman- la Cámara habría errado en su interpretación de cuáles fueron las fuentes periodísticas citadas, así como en lo relativo a la prueba del factor subjetivo requerido por la doctrina constitucional aplicable, esto es, el

conocimiento de la falsedad de la noticia o la grosera desatención de su probable falsedad.

De su lado, América TV S.A., además de cuestionar el pronunciamiento apelado por esos mismos fundamentos, reitera el planteo de falta de legitimación pasiva omitido por el a quo al responsabilizarla solidariamente por los dichos del periodista, sin comprobar que efectivamente éste hubiera actuado con dolo o culpa grave.

-III-

Los recursos extraordinarios interpuestos son formalmente admisibles, pues controvierten la inteligencia que el tribunal apelado ha dado a las cláusulas constitucionales que garantizan la libertad de expresión (artículos 14 y 32 de la Constitución nacional) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que los demandados fundaron en ellas (art. 14, inc. 3 de la ley 48).

Corresponde advertir que se tratarán en forma conjunta ambos recursos, circunscriptos a los agravios que centran su impugnación en el modo en que la cámara ha interpretado y aplicado las doctrinas admitidas por esa Corte como adecuada protección de la libertad de expresión (Fallos: 331:1530).

-IV-

La cuestión principal debatida en el sub examine se relaciona con el alcance y los límites del derecho a la libertad de prensa cuando entra en colisión con otros derechos -en este caso, el derecho al honor-. De acuerdo con una ya muy asentada doctrina de V.E., consonante con la doctrina de otros tribunales constitucionales del mundo, en el conflicto entre derecho a la libertad de prensa y el derecho al honor, aquél adquiere su mayor alcance cuando el honor afectado es el de una persona pública y la lesión proviene de la difusión de información de interés público probadamente falaz o inexacta. Como lo ha escrito V.E. al dictar sentencia in re "Patitó", "[l]a investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes." Y citando a la Corte Suprema de los Estados Unidos en su sentencia en el célebre caso "New York Times v. Sullivan", agregó "Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y éste debe ser protegido si la libertad de expresión ha de tener el espacio

que ella necesita para sobrevivir” (Fallos: 331:1530, cons. 8°) (cf. también Fallos: 331:2079, entre muchos otros).

Para proteger un derecho a la libertad de expresión con ese alcance, la doctrina constitucional que V.E. ha desarrollado -especialmente entre el precedente publicado en Fallos: 310:508 (“Costa”) y el ya citado caso “Patitó”- asegura a quien difunde información de relevancia pública que, en la medida en que la información puede afectar el honor o la estima de una persona pública, ella sólo puede dar lugar a responsabilidad jurídica si el agraviado en su honor prueba la falsedad de la información propalada y el hecho de que fue difundida a sabiendas de su falsedad o con temerario desinterés acerca de su probable carácter falaz. Esta es la doctrina que, según lo sostienen los recurrentes, ha sido erróneamente aplicada por el a quo en su sentencia.

En mi opinión, esa doctrina es aplicable al caso pues la actora, en su entonces carácter de jueza de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza ha de ser considerada una persona pública en los términos de los precedentes “Costa” (Fallos: 310:508) y “Dahlgren” (Fallos: 333:2079), entre otros; el tema sobre el que versaba la información objetada -el de las consideraciones que el Poder Ejecutivo habría tomado en cuenta para no nominar a la actora como candidata a la posición de jueza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- era de un innegable interés público; y, finalmente, el agravio de la demandante se deriva del alegado carácter falaz de la información difundida.

Los recurrentes también alegan la violación de un derecho derivado de la doctrina del precedente “Campillay” (Fallos: 308:789), según la cual cuando un órgano periodístico se limita a reportar fielmente, y observando ciertas condiciones, lo dicho por otro, los daños para el honor que puedan derivarse de los dichos reportados no pueden generar responsabilidad jurídica alguna para el medio que los difundió (cf. doctrina de Fallos: 316:2395 y 2416, 333:2079 y disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en Fallos: 321:2848). Entiendo, sin embargo, que esa doctrina no es pertinente para la decisión de este caso. En efecto, el periodista demandado no se limitó a reportar los dichos de los denunciantes, o los datos obrantes en los documentos sobre los que daba cuenta en su programa, sino que hizo suya la información, ratificándola en la segunda de las emisiones en cuestión y declarándose seguro de su certeza. El estándar derivado de la sentencia dictada en “Campillay”, en cambio, protege a quien, al difundir una noticia individualizando su fuente, “no se hace cargo de su veracidad, no la hace propia, ni le agrega fuerza de convicción” (cf. Fallos: 326:4123, dictamen del Procurador General al que remite la Corte, y 333:2079, cons.

9º). Por ello, opino, sólo ha de evaluarse el agravio relacionado con la aplicación errónea de la doctrina de “Patitó”.

-V-

De acuerdo con esa doctrina, para que una persona pública como la actora - por entonces jueza del tribunal superior de justicia de la provincia de Mendoza y notoria profesora de derecho- pueda pretender una reparación civil por los daños causados por la difusión de información falsa o inexacta sobre asuntos de interés público -como lo son, en este caso, las razones en virtud de las cuales el Poder Ejecutivo Nacional habría descartado su nominación como jueza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- que la conciernen directamente, la demanda ha de acreditar, en primer lugar, el carácter falaz de la información difundida. Pues, como lo ha establecido V.E., el estándar constitucional en juego “presupone obviamente la existencia de una información objetivamente falsa” (cf. Fallos: 316:2416, cons. 13 y disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en Fallos: 321:2848, cons. 10), requisito al que se aplica la regla general de que cada parte debe probar los presupuestos de su propia pretensión (doctrina de Fallos: 331:1530, cons. 8º).

El *a quo* consideró cumplido ese requisito al dar por falsos los dichos del demandado sobre la base del hecho de que los procesos penales a los que las denuncias aludidas por Lanata habían dado lugar concluyeron en sobreseimientos; que en ellos no habla figurado como imputada la actora -aunque si aparecía involucrado su marido como testigo o imputado, en esos procesos penales, y como abogado en el proceso comercial también mentado en la emisión televisiva-; y que uno de los denunciados, el señor Centarti, como consecuencia de una querrela promovida por la jueza Kemelmajer de Carlucci, había sido condenado por la comisión de un delito contra el honor -la sentencia es imprecisa acerca de cuál (menciona un “delito de calumnias” pero cita el artículo 110 del Código Penal)-, aunque no indica si los hechos coinciden con alguna de las denuncias comentadas por el demandado (cf. fs. 1240 vta. a 1241).

Entiendo, sin embargo, que los hechos sobre la base de los cuales el *a quo* concluyó que las afirmaciones del demandado eran falaces no permiten arribar a esa conclusión. En efecto, en el pasaje del programa televisivo que motivó este litigio, el demandado ofrece la información de que el Poder Ejecutivo había desechado la nominación de la actora como jueza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud

de un conjunto de denuncias de tráfico de influencia que la involucraban directa o indirectamente, a través de su marido, el abogado Nedo Carlucci. El hecho de que esas denuncias corrieron, en los tribunales ante los cuales fueron ventiladas, la suerte de la que da cuenta el a quo en su sentencia, no muestra que ellas no existieron, ni es un elemento idóneo para refutar la proposición de que el Poder Ejecutivo descartó la candidatura de la actora motivándose en parte en el hecho de que existieron tales denuncias. Esta proposición, creo oportuno subrayar, bien pudo haber sido falsa; mi opinión es sólo que los hechos aportados no muestran que lo haya sido y que, sin una demostración de falsedad de esa naturaleza, la doctrina sobre libertad de expresión aplicable asegura, entiendo, el rechazo de la demanda.

La prueba valorada por la cámara para juzgar la veracidad de los dichos del periodista demandado da cuenta, antes bien, de que el relato impugnado fue incompleto, en el sentido de que dejó de lado datos accesibles -en particular, el desenlace procesal de las denuncias en cuestión y la respuesta judicial respecto de uno de los denunciantes- que habrían servido para contrarrestar un posible juicio negativo que el televidente podía haberse formado acerca de la actora sobre la base de la información sobre la existencia de las denuncias y sospechas y de la decisión del Poder Ejecutivo de no impulsar su candidatura.

Ciertamente, no es mi intención negar aquí que un relato informativo parcial, incompleto o sesgado puede ser tan lesivo para el honor de la persona implicada como la emisión de una información llanamente falsa. Sin embargo, como lo he sostenido al dictaminar en Fallos: 331: 1530, el alcance del derecho a la libertad de expresión de quien brinda información públicamente relevante que afecta a personas públicas es tan amplio que sólo deja lugar para la atribución de responsabilidad civil en un grupo más bien excepcional de casos, a saber, aquellos en los que la información propalada es probadamente falsa y quien la emite lo hace a sabiendas de su falsedad o exhibiendo un desinterés temerario en relación con su probable carácter falso. Para todos los otros casos en los que la circulación de información inexacta, parcial, o simplemente falsa pueda causar daños al honor de personalidades públicas, la doctrina constitucional aquí en juego establece en cabeza del lesionado un deber de soportar la lesión con el fin de asegurar una de las condiciones fundamentales del gobierno republicano: la circulación libre de información sobre la cosa pública. En las palabras que usé al dictaminar en "Patitó": "Si se quiere, la particularidad de [esta doctrina] puede expresarse de la siguiente manera. Una relación en la que existe un perjuicio pasa a resolverse no meramente con las re-

glas tradicionales del derecho de daños, que de manera prototípica implican una relación privada entre dos partes, sino que se impone un deber de soportar el daño para proteger algo que en realidad está fuera del conflicto entre esas dos partes. Ese algo es la libertad de expresión no ya del demandado, sino de los futuros informantes; una condena siguiendo los parámetros tradicionales del derecho civil de daños redundaría en una restricción pro futuro de la información y la crítica disponibles, a través de la imposición de autocensura, y ello sería dañoso para la función fundamental que desempeña la comunicación de informaciones. En síntesis: el daño actual al honor debe ser soportado para salvaguardar el derecho futuro de otros a la libertad de expresión” (Fallos: 331:1530, págs. 1547 s.).

En fin, concluyo que las omisiones atribuidas al discurso televisivo del demandado no muestran que la información propalada era falsa y, por lo tanto, no pueden dar lugar a responsabilidad civil en un caso como el sub examine.

-VI-

Si bien la conclusión a la que he arribado en la sección anterior es suficiente para dar acogida al recurso extraordinario interpuesto por los demandados, no puedo dejar de advertir que el a quo yerra, a su vez, en otro aspecto de la doctrina constitucional aplicable al caso. De modo que, en mi opinión, la sentencia merecería ser revocada, aun si V.E. no coincidiera con la interpretación que propicio sobre el requisito de falsedad de la información deshonrosa en el contexto del caso en litigio.

En efecto, para que las omisiones que la cámara atribuye al señor Lanata - presupuesto que fueran suficientes para establecer el carácter falaz de la información brindada en el sentido requerido por la doctrina aplicable- puedan dar lugar a responsabilidad civil por daños, la actora debería probar que el demandado omitió dar esa información a sabiendas de que al no mencionar esos datos ofrecería una imagen falsa de la actora -la así llamada “real malicia”-, o al menos que las omisiones se debieron a un desinterés temerario por la verdad de la información que brindaba. En todo caso, no es suficiente con la demostración de que el demandado ha sido negligente al difundir la información inexacta (cf. doctrina de Fallos: 310:508, cons. 10 a 14, y 333:2079, cons. 5°, entre otros).

En su sentencia, la cámara consideró que el factor subjetivo de atribución exigido estaba satisfecho, aduciendo que las manifestacio-

nes vertidas en el programa “no fueron veraces y, sea que fueran erróneas o falsas, no se correspondían con los expedientes judiciales que eran la fuente a las que el periodista consultó para hacerlas. O, por lo menos, así debió hacerlo, para evitar incurrir en afirmaciones equivocadas o falaces como las que han dado motivo a esta litis” (fs. 1241).

El demandado había alegado, al expresar agravios, que sus fuentes efectivas no habían sido esos expedientes judiciales, sino que al dar la noticia sólo había contado con los documentos que exhibió y sobre los que reportó: “denuncias, carátulas y dichos confiables” (fs. 1159 vta.). La sentencia no contiene ninguna afirmación que niegue este aserto, de modo que ha de concluirse que el a quo dio por acreditado el factor subjetivo de atribución requerido por la doctrina constitucional sobre libertad de expresión en virtud de su afirmación final de que el periodista tenía un deber de consultar los expedientes judiciales respectivos antes de propalar asertivamente la información deshonrosa en cuestión y no lo hizo.

En mi criterio, la imposición de ese deber de consultar las actuaciones judiciales completas a las que las denuncias de tráfico de influencia habían dado lugar es -además de infundada, pues, en efecto, el a quo no ofrece razón alguna en su apoyo excesiva, cuando el foco de la información que el periodista brindaba no era el efectivo uso de la posición influyente de la actora en la justicia de la provincia de Mendoza en beneficio profesional de su marido abogado, sino la decisión del Poder Ejecutivo de no respaldar su candidatura a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud de la existencia de tales denuncias.

Empero, aun cuando la cámara estuviera en lo cierto y el periodista tuviera ese deber en el contexto en el que actuó, la atribuida violación a ese deber sólo permitiría concluir que el demandado fue negligente al propalar la información deshonrosa. La acreditación del factor de atribución más exigente de la “real malicia” requiere algo más que la simple atribución de la violación de un deber de cuidado periodístico -exige, vale insistir, la debida acreditación de la consciencia de la falsedad de la noticia o un desinterés temerario con respecto a su probable falsedad-. Es por tanto que opino que la cámara no pudo concluir válidamente que el estándar constitucional aplicable para la atribución de responsabilidad civil en el caso estuviera satisfecho en virtud de la violación de ese supuesto deber de cuidado periodístico de consultar las actuaciones judiciales completas a las que habían dado lugar las denuncias aludidas. Esa violación sólo pudo dar fundamento a una atribución de negligencia -factor insuficiente, de acuerdo a la doctrina de V.E., para la imposi-

ción de responsabilidad civil por la emisión de noticias falsas sobre temas de relevancia pública que afectan a personalidades públicas como la actora-.

-VII-

El *a quo* afirma, a su vez, que la situación del periodista frente a la noticia difundida varió decisivamente en la segunda de las emisiones en cuestión -la emisión del día 20 de julio-, cuando afirmó que ratificaba sus dichos del programa anterior asegurando creer que eran ciertos, a pesar de haber recibido entre tanto el “acta de notificación” cuya copia obra agregada en fs. 22 a 25. En particular, la sala anota que “[e]s evidente que en esta segunda oportunidad, [el demandado] ya no obró con negligencia sino con real malicia, puesto que a esa altura de los acontecimientos y frente al ‘despelote’ que según sus palabras se armara con los comentarios de su programa anterior, resulta para esta sentenciante realmente inconcebible que ni el periodista, ni la producción, ni el canal, se hayan tomado la molestia de constatar la inexactitud de los infundios lanzados al aire, para rectificar lo que negligentemente, y con notoria despreocupación, sobre su verdad o falsedad -para ser benévolo en referencia al primer programa como antes señalara-, hicieran públicos” (fs. 1246 vta.).

La cuestión decisiva, que la cámara resuelve de ese modo, es la de determinar si el haber tomado conocimiento con el “acta de notificación” mencionada agrava la relación del periodista con la falsedad de la noticia tanto como para postular que su comportamiento no ha sido meramente negligente sino que ha exhibido la temeridad requerida por la doctrina constitucional en juego. No creo, sin embargo, que el texto del acta de notificación permita llegar a esa conclusión.

En lo pertinente, el acta de notificación contiene las siguientes afirmaciones del apoderado de la actora: “Primero: Que las denuncias del señor Mario César Centarti, el ‘bodeguero acusador’, concluyeron condenándolo penalmente al máximo de la pena prevista en el Código Penal para el delito de injurias, por sentencia dictada el 28/7/2000 por la Cámara Penal de San Martín, Mendoza, en autos caratulados: ‘KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída Rosa, contra CENTARTI, Mario César por Injurias’ (Expediente Número 11.929): esta decisión fue publicada, por mandato judicial, en los diarios ‘Los Andes’ y ‘Uno’ de la Provincia de Mendoza del viernes 25/8/2000. Segundo: Que en la causa ‘Hanon’ no tuvo mi mandante Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci intervención alguna; y tanto la Justicia Penal, la Honorable Cámara de

Diputados y el Colegio de Abogados de la Provincia de Mendoza, se expidieron acerca de la absoluta regularidad de las actuaciones procesales en la totalidad de las instancias judiciales recorridas hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (fs. 22 vta. s.).

El texto, en fin, contiene afirmaciones de una parte interesada sobre hechos que, de ser ciertos, debilitan la verosimilitud que puedan haber tenido para el periodista las informaciones que difundió. Eso puede agravar, ciertamente, su posible negligencia. Pero el requisito de que el demandado haya sido temerariamente desconsiderado acerca de la probable falsedad de la noticia propalada ha de exigir, entiendo, aún más. Una opinión contraria, en efecto, tendría la consecuencia inaceptable de que quedaría en manos de toda personalidad pública implicada en una noticia públicamente relevante la potestad de obligar a quien difundió la información, cuya exactitud se disputa, a negar la información brindada o encarar una investigación exhaustiva a su respecto con sólo enviarle una nota afirmando hechos que, si fueran ciertos, debilitarían de algún modo la verosimilitud de la noticia comunicada. Y esa consecuencia, pienso, no se condice con la doctrina de V.E., que responde, en sus palabras, al “fundamento republicano de la libertad de imprenta”, de acuerdo con el cual “... no basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o responsabilidad de los poderes públicos. . .” (discurso del doctor Vélez Sársfield en la sexta sesión ordinaria de la Convención Constituyente del año 1860)”, que ha llevado a proteger la circulación de información de los efectos de una posible autocensura o escrúpulo excesivo, bajo la convicción de que “el tratamiento de la prensa en este ámbito causaría efectos más perniciosos que los excesos o abusos de la libertad de informar, incluso por la circulación anónima, clandestina o por la complicidad con irregularidades en la función pública (Fallos: 257:308, voto del juez Boffi Boggero, considerando 7º)” (Fallos: 310: 508, cons. 13).

Opino, en definitiva, que la interpretación de la sala D de la Cámara Civil según la cual el envío de una nota del funcionario agraviado en la que se afirma que una noticia es falsa es capaz por sí de transmutar la posible negligencia de quien ha propalado la noticia en temerario desinterés o real malicia -de modo que la noticia, si es efectivamente falsa, genere responsabilidad civil cuando la mera negligencia es insuficiente para ella- implica crear un recurso sencillo en manos del funcionario interesado en que una información deshonrosa no circule para que la actividad informativa se retraiga. Una interpretación así es inconsisten-

te con el fundamento de la doctrina de V.E. sobre libertad de expresión, lo que da fundamento a mi opinión de que no puede ser mantenida.

Mi opinión en este caso se ve, a su vez, favorecida por el hecho de que los datos por cuya omisión se agravió la actora en el sub examine tenían un valor secundario con respecto al núcleo de la información sobre la que versaba ese bloque del programa, a saber, la supuesta decisión del Poder Ejecutivo Nacional de descartar la candidatura de la doctora Kemelmajer de Carlucci para ocupar una vacante en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en razón de alegaciones de tráfico de influencia que la involucraban indirectamente con la labor profesional de su marido, el abogado Carlucci. No encuentro razón valedera para que una nota de la agraviada pudiera poner al periodista, que había difundido la noticia de la existencia de tales alegaciones como parte de la información de que ellas habían sido tomadas en cuenta por el Poder Ejecutivo para desechar la postulación, en la obligación de esclarecer públicamente la inexactitud de aquello acerca de lo que dichas alegaciones versaban.

-VIII-

Las consideraciones efectuadas hasta aquí me conducen a sostener que en la sentencia que se recurre no se interpretó acertadamente, y por ende se aplicó en forma inadecuada, la doctrina de V.E. en materia de libertad de expresión, reconociendo un derecho a reparación civil en condiciones en las que esa doctrina lo impide. Ello basta para revocar el pronunciamiento apelado y hace, por ende, innecesario examinar los restantes argumentos expuestos por los apelantes.

Sin embargo, creo oportuno realizar una observación final en relación con la decisión de los jueces que han resuelto este caso, tanto en primera como en segunda instancia, en lo que respecta al monto de la indemnización fijada -doscientos mil pesos que el tribunal de apelación redujo a cien mil-. El a quo, después de concluir -equivocadamente, según expuse- que la actora había probado la falsedad de la noticia propalada y que el demandado la había difundido con real malicia, entendió que al caso se aplicaba la doctrina civil según la cual” [...] en presencia de un supuesto de responsabilidad extracontractual -como el de autos-, no cabe requerir una prueba específica [de la existencia de un perjuicio] y debe tenerse lo por configurado por el solo hecho de la acción antijurídica” (fs. 1248). Por ello determinó la suma del resarcimiento presumiendo la

existencia de un daño, sin que se hubiera producido evidencia de su ocurrencia o magnitud.

Entiendo que la jurisprudencia de V.E. sobre libertad de expresión no ofrece una declaración explícita sobre la cuestión de la validez constitucional de la aplicación de una doctrina como la aludida a la imposición de responsabilidad civil por el ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, en el caso que ha servido de fuente para esa jurisprudencia -el caso “New York Times v. Sullivan”, 376 US 254 (1964)- la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró inconstitucional, por violar la garantía de la libertad de expresión, una regla jurídica del Estado de Alabama que permitía precisamente la atribución de responsabilidad civil sin necesidad de prueba de una lesión indemnizable efectiva y por montos que excedían en muchas veces las multas más altas que podían imponerse en el caso en virtud del derecho penal aplicable. En efecto, sostuvo en apoyo de tal conclusión, que “[l]o que un Estado no puede constitucionalmente realizar por medio de una ley penal está del mismo modo más allá del alcance de su derecho civil de daños por difamación o injurias. El temor a una sentencia civil por daños y perjuicios bajo una ley como la invocada aquí por los tribunales de Alabama puede ser marcadamente más inhibitorio que el temor a una persecución bajo una ley penal” (376 US 254, págs. 277 s.).

Si el mismo razonamiento se aplica al caso sub examine, la doctrina aplicada por la cámara en este contexto merecería por parte de V.E. una declaración semejante de invalidez constitucional. Pues, en efecto, el recurso a esa doctrina le ha permitido a los jueces del caso fijar una indemnización hasta diez veces mayor a la multa más alta prevista en la legislación penal para el delito de injurias, sin ninguna prueba de que ese monto indemnizatorio era necesario para reparar un daño efectivamente sufrido, y en un caso que la ley penal vigente, tras la reforma de la ley 26.551, declara explícitamente impune.

-IX-

Por todo lo expuesto, opino que cabe hacer lugar a los recursos extraordinarios interpuestos y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 29 de marzo de 2012. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2014.

Vistos los autos: “Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa c/ Lanata, Jorge y otros s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

Que este Tribunal comparte las consideraciones expuestas por el señor Procurador General de la Nación en el dictamen de fs. 1318/1323, a las que cabe remitir por razones de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario deducido y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARLOS S. FAYT - JUAN CARLOS MAQUEDA – JORGE EDUARDO MORAN –
JOSÉ LUIS ALBERTO AGUILAR – CINTIA FERNÁNDEZ GÓMEZ.

Recursos extraordinarios interpuestos por los Dres. Pablo Jacoby y Patricio Carballés, letrados apoderados de los codemandados Jorge Lanata y Flipper Com S.A., y por los Dres. Guadalupe Cores y Pablo Di Iorio, letrados apoderados de la code mandada América TV.

Traslado contestado por los Dres. Julio César Rivera y Julio César Rivera h., letrados apoderados de la actora, Aída Kemelmajer de Carlucci.

Tribunales intervinientes: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 91; Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

LINEA 10 S.A. c/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE
S/ ACCIÓN DECLARATIVA

IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS

Cabe rechazar la demanda iniciada por la actora a fin de que se declare la inconstitucionalidad del impuesto sobre los ingresos brutos que el Estado local pretende aplicarle sobre la actividad de transporte interjurisdiccional de pasajeros por automotor que desarrolla, pues no es suficiente que aquélla alegue que se dedica a la actividad de transporte interjurisdiccional de pasajeros y que las tarifas las fijó la autoridad nacional de aplicación para eximirse del tributo, ya que si sólo esos fuesen los extremos a acreditar se le estaría reconociendo a las empresas del rubro una inmunidad impositiva sin más, frente a cualquier pretensión de cobro provincial; y ese no es el derecho constitucional amparado, dado que para su aplicación y reconocimiento es exigible y necesario que logre acreditar el vínculo relacional entre las tarifas fijadas por la autoridad nacional, los precisos ingresos emergentes de esa actividad, y que la facultad impositiva provincial se intenta ejercer sobre las sumas percibidas en ese concepto.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Línea 10 S.A. promovió esta acción declarativa de certeza contra la Provincia de Buenos Aires, a 57/65 vta., para que se declare la inconstitucionalidad del impuesto sobre los ingresos brutos que ésta pretende aplicar sobre la actividad de transporte interjurisdiccional de pasajeros de carácter suburbano grupo I que desarrolla (periodos fiscales 2006 y 2007), por encontrarlo contrario a los arts. 31 y 67, inc. 12 de la Constitución Nacional (sic) y al régimen de coparticipación federal de impuestos de la ley 20.221 y modificatorias (sic).

Adujo que la demandada, mediante la disposición determinativa y sancionatoria 7.706/09 de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), del 12 de agosto de 2009, determinó de oficio el gravamen sobre la base de los montos de ingresos que surgen de sus registros de venta, le aplicó una multa por omisión tributaria, y la emplazó para el pago de dichos conceptos.

Explicó que es permisionaria de la Subsecretaría de Transportes del -entonces- Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación, para la prestación de servicios públicos de transporte interjurisdiccional de pasajeros y afines, de acuerdo con la ley 12.346 y sus reglamentaciones.

Especificó que las tarifas vigentes durante todo el tiempo de su permiso han sido determinadas por la referida autoridad nacional, de manera unilateral y de acuerdo con las escalas y bases tarifarias por ésta fijadas, sin que se haya contemplado en su cálculo la incidencia del impuesto sobre los ingresos brutos, carga que no puede ser repercutida en el precio de los pasajes. En razón de ello, estimó que su caso está regido por la doctrina de Fallos: 308:2153, y solicitó que se declare que el gravamen reclamado configura un supuesto de doble imposición, reñido con el párrafo segundo, del inc. b), del art. 9° de la ley de coparticipación, al estar sus rentas alcanzadas por el impuesto nacional a las ganancias.

-II-

La Provincia de Buenos Aires contestó la demanda (ver fs. 223/227) y solicitó que fuera rechazada.

En primer término, negó la existencia de un estado de incertidumbre que justifique la viabilidad de la acción declarativa instaurada. Paralelamente, señaló que la firma está inscripta como contribuyente de la gabela en esa jurisdicción, que presentó declaraciones juradas mensuales, abonado impuestos, además de haber cuestionado la resolución que ahora impugna ante el Tribunal Fiscal local, circunstancias que, a su parecer, configuran un supuesto de voluntario sometimiento sin reserva alguna, que resulta obstativo para la procedencia formal de la vía elegida.

Con respecto al fondo del asunto, indicó que se le ha reclamado el pago del impuesto por el ejercicio de su actividad de servicio de transporte automotor urbano regular de pasajeros, ya que realiza tramos locales dentro de su jurisdicción. Luego, mencionó las facultades provinciales para gravarla, de conformidad con los arts. 75 y 121 de la Carta Magna, señalando que la doble imposición no resulta inconstitucional.

Por otra parte, adujo que el gravamen reclamado resulta compatible con el régimen de coparticipación nacional, toda vez que se trata de uno de los tributos cuya aplicación se contempla por fuera de la prohibición de analogía del inc. b, del art. 9°, de la ley 23.548. En tal orden de ideas, afirmó que, en la especie, no se configura un supuesto

de imposibilidad de traslación del gravamen y que, a todo evento, la imprevisión tarifaria alegada no puede justificar un cercenamiento de sus atribuciones impositivas.

-III-

Sigo pensando, de acuerdo con lo oportunamente dictaminado por este Ministerio Público a fs. 67, y lo decidido por el Tribunal a fs. 68, que V.E. continúa teniendo competencia para entender en el presente.

-IV-

Liminarmente, corresponde señalar que la pretensión de la actora se encuentra dirigida a dilucidar el estado de falta de certeza en que se encuentra frente al impuesto sobre los ingresos brutos, por la actividad de transporte interjurisdiccional de pasajeros que desarrolló durante los ejercicios fiscales 2006 y 2007.

Al respecto, no es ocioso recordar que la declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un “caso” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes, constituye causa en los términos de la Ley Fundamental (Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421, entre otros).

Sobre la base de estas premisas y contrariamente a lo sostenido por la demandada, estimo que se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el art. 322 del CPCCN.

En primer lugar, observo que mediante la disposición 7.706/09 de ARBA (obrante en copia a fs. 4/40), se determinó el tributo pretendido por la actividad económica desarrollada durante los períodos indicados, se intimó su ingreso en el plazo de quince días hábiles a partir de su notificación -bajo apercibimiento de confeccionar el respectivo título ejecutivo a fin de dar inicio a su cobro compulsivo-, y se aplicaron los accesorios correspondientes. Este requerimiento -al que la actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal- representa una conducta explícita de ARBA dirigida a la “*percepción*” del impuesto que estima adeudado (Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421, cons. 3°; 328:4198; y E.115, L.XXXIV, “El Cóndor Empresa de Transportes S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, sentencia del 3 de mayo de 2007).

Aquella conducta, enderezada al cobro del tributo, posee entidad para sumir a la peticionante en un “estado de incertidumbre

sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica”, entendiéndose por tal a aquella que es “concreta” al momento de dictarse el fallo.

Y tal concreción se verifica cuando se ha producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido, condición bajo la cual sólo podrá afirmarse realmente que el fallo pone fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual solución que podría acordarse a un supuesto de hecho hipotético (dictamen de este Ministerio Público in re “Newland, Leonardo Antonio c/ Provincia de Santiago del Estero”, del 4 de diciembre de 1986, compartido por V.E. en Fallos: 310:606, cons. 2°, criterio reiterado en Fallos: 311:421, cons. 3°).

Por otra parte, si bien la provincia alega que la actora habría presentado sus declaraciones juradas considero que tal hecho no puede erigirse en un valladar hábil para impedir la admisibilidad formal del camino procesal propuesto. En efecto, si bien es cierto que el voluntario sometimiento a un determinado régimen jurídico implica la renuncia al derecho de cuestionarlo con posterioridad (arg. Fallos: 225:216; 285:410; 299:221; 307:1582; 314:1175, entre otros), considero que esta regla no es de aplicación al sub lite a poco que se repare en que la exigibilidad de las obligaciones tributarias en cuestión tiene por fuente un acto legislativo y unilateral de la provincia, y que su cumplimiento se impone coactivamente a los particulares, cuya voluntad carece, a esos efectos, de toda eficacia (Fallos: 318:676, cons. 8° y sus citas), al tratarse de un acto de imposición, que implica el desarrollo de la fuerza compulsiva del Estado, siendo un acto de gobierno y de potestad pública (Fallos: 152:268; 218:596, entre otros).

La circunstancia de que la actora haya apelado la resolución ante el Tribunal Fiscal provincial tampoco puede erigirse en óbice para la tramitación de este expediente, ya que no debe obviarse que la presente demanda corresponde a la competencia originaria del Tribunal, que -por provenir de la Constitución- no puede quedar subordinada al cumplimiento de los requisitos o de los trámites exigidos por las leyes locales (Fallos: 323:1206, cons. 2°, entre otros).

Por lo señalado, en mi parecer, se encuentran reunidos la totalidad de los requisitos fijados por el art. 322 del CPCCN para la procedencia formal de la acción intentada.

-V-

En cuanto al fondo del asunto, cabe señalar que V.E. invalidó el impuesto sobre los ingresos brutos que se pretendía aplicar a los prestadores de un servicio público de transporte interjurisdiccional en aquellos supuestos en que se acreditó que las tarifas pertinentes habían sido fijadas por la autoridad nacional sin considerar, entre los elementos del costo, el impuesto a los ingresos brutos provincial y que la actora era contribuyente, en el orden nacional, del impuesto a las ganancias (Fallos: 308:2153; 311:1365; 316:2182; 316:2206 y más recientemente en Fallos: 321:2501; 328:4198 y 330:3049; y sentencia recaída en la causa L.243 L.XXXIV, “Línea 22 S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, del 19 de mayo de 2010).

Para decidir de esta forma, sostuvo que cuando el impuesto provincial sobre los ingresos brutos no es trasladable -por no estar contemplada su incidencia en el precio fijado mediante tarifa oficial-su determinación conduce a que sea inexorablemente soportado por el contribuyente, hipótesis en la cual el gravamen queda excluido de la previsión del art. 9º, inc. b, párrafo cuarto, de la ley 20.221 (texto según ley 22.006; actualmente, art. 9º, inc. b, de la ley 23.548) y encuadrado en el párrafo segundo del mismo artículo, en cuyo texto se plasmó el principio básico que privilegió el legislador, consistente en la prohibición de mantener o establecer impuestos locales sobre la materia imponible sujeta a imposición nacional coparticipable. De ahí que, encontrándose las rentas de las demandantes sujetas al impuesto a las ganancias (ley 20.628 y modificatorias), la aplicación del tributo local importaba la configuración de la hipótesis de doble imposición contraria a la reglas señalada precedentemente (criterio también reiterado en in re E.48, L.XIX, “Empresa del Sur y Media Agua c/ Mendoza, Provincia de s/repeticón”, del 9 de agosto de 1988).

Empero, el Tribunal señaló también que la falta de discriminación en lo que respecta a la carga impositiva que habría recaído sobre esa actividad obsta al reconocimiento de la pretensión de la actora y torna sus agravios meramente conjeturales, en virtud de la carencia de las pruebas conducentes para acreditar tal supuesto (Fallos: 328: 1442, postura reiterada en Fallos: 329:2745).

Sin perjuicio de tales consideraciones, y como ya advirtió este Ministerio Público in re “Cooperativa de Trabajo Transportes Automotores de Cuyo T.A.C. Limitada c/ Mendoza, Provincia de” (Fallos: 321:2501, pto. VI), determinar si, en cada caso, las tarifas fijadas por la autoridad nacional contemplaron o no el impuesto

en cuestión, si la actora se encontró realmente imposibilitada de trasladar esa carga tributaria, si revestía el carácter de contribuyente -en el orden nacional- del impuesto a las ganancias, y si los servicios por los cuales se le reclama el tributo poseen todos el mismo régimen de tarifas, remite ineludiblemente al examen y valoración de las pruebas rendidas en autos, tema que resulta ajeno a mi dictamen, que debe circunscribirse a las cuestiones de índole federal indicadas.

-VI-

De acuerdo con lo señalado, me limito a opinar que, en el supuesto de estimar V. E., por medio del examen de las pruebas de la causa, que efectivamente se han configurado las circunstancias requeridas por los precedentes citados y alegadas por la accionante, correspondería hacer lugar a la demanda y declarar la improcedencia de la pretensión fiscal aquí discutida. Buenos Aires, 22 de octubre de 2013.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2014.

Vistos los autos: “LINEA 10 S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, de los que

Resulta:

D) A fs. 57/65 se presenta Línea 10 S.A., e inicia acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de que se declare la inconstitucionalidad del impuesto sobre los ingresos brutos que ese Estado local pretende aplicarle sobre la actividad de transporte interjurisdiccional de pasajeros por automotor que desarrolla (períodos fiscales 2006 y 2007), por entender que resulta contrario a los artículos 17, 31 y 75, inciso 13, de la Constitución Nacional y al régimen de coparticipación federal de las leyes nacionales 20.221 y 22.006 y sus modificatorias.

Alega que la demandada, mediante el expediente administrativo n° 2360-0038992/2008, determinó de oficio el gravamen por los períodos antes mencionados, y la emplazó para el pago de dichos impuestos.

Expresa que es permisionaria de la Subsecretaría de Transportes del entonces Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación para la prestación de servicios públicos de transporte interjurisdiccional de pasajeros y afines, de acuerdo al régimen de la ley 12.346 y sus reglamentaciones.

Sostiene que las tarifas vigentes durante todo el tiempo de su permiso fueron fijadas por ese organismo, de manera unilateral y de acuerdo con las escalas y bases tarifarias por ésta fijadas, sin contemplar en su cálculo la incidencia del impuesto sobre los ingresos brutos, carga que no puede ser repercutida en el precio de los pasajes. En tales condiciones, considera aplicable la doctrina de Fallos: 308:2153 y solicita que se declare que aquel gravamen local configura un supuesto de doble imposición reñido con el párrafo segundo, del inciso b, del artículo 9° de la ley de coparticipación federal, encontrándose la actora sujeta al impuesto a las ganancias (leyes 20.628 y 22.016 y sus modificatorias).

Concluye que el Estado —entendido en sentido general— mal puede alegar su propia torpeza y actuar en contradicción con sus propios actos pretendiendo ampararse en sus omisiones. Esa incoherencia —a su entender— se hace evidente cuando por un lado no se incluye el impuesto a los ingresos brutos en el costo de la tarifa oficial y por otro se lo pretende percibir con lesión al principio de ejemplaridad. La invalidez constitucional —agrega— se hace más notoria si se tienen en cuenta los precedentes de la Corte Suprema antes citados, con el consiguiente menoscabo de la garantía de la propiedad del artículo 17 de la Ley Fundamental.

Ofrece prueba y pide que se haga lugar a la demanda, con costas.

II) A fs. 67 dictamina la señora Procuradora Fiscal, y sobre la base de esa opinión, a fs. 68 este Tribunal declaró su competencia originaria para entender en la presente causa.

III) A fs. 223/227 la Provincia de Buenos Aires contesta la demanda y solicita su rechazo.

Niega, en primer término, la existencia de un estado de incertidumbre que justifique la viabilidad de la acción declarativa instaurada. Sostiene que la empresa actora está inscripta como contribuyente de la gabela en esa jurisdicción, que presentó sus declaraciones juradas mensuales, además de haber cuestionado la resolución que ahora impugna ante el Tribunal Fiscal local, circunstancias que configuran un supuesto de voluntario sometimiento sin reserva alguna, que obsta a la procedencia formal de la vía elegida.

En cuanto al fondo del asunto, aduce que le ha reclamado a la actora el pago del impuesto por el ejercicio de su actividad de servicio de transporte automotor urbano regular de pasajeros, ya que realiza tramos locales dentro de su jurisdicción. Recuerda también las facultades provinciales para gravar la actividad de la actora, de conformidad con el juego de los artículos 75 y 121 de la Constitución Nacional.

Por otra parte afirma que el gravamen reclamado resulta compatible con el régimen de coparticipación nacional, toda vez que se trata de uno de los tributos cuya aplicación se contempla por fuera de la prohibición de analogía del inciso b, del artículo 9°, de la ley 23.548. En este orden de ideas afirma que, en el caso, no se configura un supuesto de imposibilidad de traslación del gravamen y que, a todo evento, la imprevisión tarifaria alegada no puede justificar un cercenamiento de sus atribuciones impositivas.

Alega además que la actora —inscripta como contribuyente del impuesto a los ingresos brutos— ha consentido durante años la jurisdicción provincial así como la liquidación del impuesto que se impugna. Sostiene que la demandante ha aceptado sin cuestionamiento alguno la aplicación del tributo recibiendo, a su vez, los beneficios de su reducción por lo que considera improcedente la acción intentada (fs. 225).

Cita jurisprudencia del Tribunal en apoyo de su postura.

Ofrece prueba y pide que se rechace la demanda, con costas.

IV) A fs. 474/477 vta. dictamina la señora Procuradora Fiscal sobre las cuestiones federales planteadas en el sub lite.

Considerando:

1° Que este juicio es de la competencia originaria de esta Corte (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2° Que, como surge del escrito de demanda y de la copia del expediente administrativo n° 2360-0038992/2008 agregado a fs. 387/447, la pretensión de la actora tiene como objeto dilucidar el estado de falta de certeza en que se encuentra frente al reclamo provincial de gravar, según arguye, con el impuesto sobre los ingresos brutos la actividad de transporte interjurisdiccional que desarrolló durante los períodos fiscales 2006 y 2007 (enero a diciembre; v. los artículos 3° y 4° de la disposición determinativa y sancionatoria n° 7703/09 de ARBA, cuya copia obra a fs. 4/40, por medio de la cual se determinó las obligaciones fiscales de la empresa por los períodos indicados por la suma de \$ 107.004,80 y estableció diferencias a favor del Fisco por la suma de \$ 63.629,60).

A ese respecto, corresponde señalar que se hallan reunidos los recaudos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tal como lo puso de relieve la señora Procuradora Fiscal en el apartado IV de su dictamen de fs. 474/477 vta., a cuyas consideraciones corresponde remitir en razón de brevedad (v. la disposición determinativa y sancionatoria n° 7703/09, artículos 3°, 4° y 10, fs. 409/427).

3° Que en cuanto al fondo del asunto, cabe poner de resalto que de conformidad con lo que se desprende de la disposición S.S.T.M. y L.D. n° 101/97 de la Secretaría de Transportes de la Nación (fs. 246/255), del informe obrante a fs. 245 de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte y demás constancias de la causa, la empresa actora se desenvuelve como operadora de transporte por automotor de pasajeros de carácter urbano y suburbano de jurisdicción nacional en la traza identificada con el n° 10 (v. el anexo I de la citada disposición).

Debe destacarse además que el permiso de explotación fue otorgado por la Secretaría de Transportes de la Nación —conforme al régimen del decreto 656/94— por el plazo de diez años (fs. 248/249).

4° Que cabe recordar con relación a los servicios públicos, que este Tribunal invalidó el impuesto sobre los ingresos brutos que se

pretendía aplicar a los prestatarios de un servicio público de transporte interjurisdiccional en aquellos supuestos en que se acreditó que las tarifas pertinentes habían sido fijadas por la autoridad nacional, sin considerar entre los elementos del costo el impuesto a los ingresos brutos provincial, y que la actora era contribuyente, en el orden nacional, del impuesto a las ganancias (Fallos: 333:721 y causas E.134.XXXIV “El Puente Sociedad Anónima de Transportes c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa” y L.243.XXXIV “Línea 22 S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, sentencias del 19 de mayo de 2010, y más recientemente, en T.535. XLIII “Transportes Automotores La Estrella S.A. c/ Mendoza, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad”, sentencia del 6 de marzo de 2012; “Derudder Hnos. S.R.L. c/ Catamarca, Provincia de” (Fallos: 335:2583) y A.1515.XL “Autotransportes Andesmar S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa de certeza”, sentencia del 24 de junio de 2014 y sus citas, entre otros).

5°) Que sin embargo, es de destacar que en autos no se encuentran configuradas las circunstancias requeridas para aplicar la doctrina establecida en los precedentes antes citados, dado que la actora no ha acreditado fehacientemente los extremos necesarios. No ha probado cuáles eran los ingresos devengados por la actividad que desarrolló en el período en cuestión, no ha demostrado cuáles eran los libros que llevaba u ofrecido prueba pericial al respecto, ni ha explicitado la carga impositiva que habría recaído sobre esa actividad.

6°) Que ello tampoco surge con claridad del expediente administrativo acompañado n° 5100-12840/2011 que le sirve de antecedente a este proceso. Por el contrario, de la citada disposición determinativa y sancionatoria n° 7703/09 de ARBA se desprende que la actora, en el transcurso de la fiscalización, no aportó la totalidad de la documentación que le fuera solicitada a fin de evaluar su comportamiento fiscal y debido al incumplimiento fehacientemente acreditado en más de una oportunidad en los requerimientos formulados, se procedió a configurar una resistencia pasiva a la fiscalización y se inició el expediente n° 2360-0068191/2008.

En lo que aquí interesa, se señaló que la fiscalización solicitó a la empresa Línea 10 S.A. copia de los papeles de trabajo del armado de las bases imponibles declaradas en las Declaraciones Juradas Mensuales del impuesto sobre los Ingresos Brutos de la Provincia de Bue-

nos Aires —Formularios CM-03— y que no se aportó dicha información (fs. 8/9). En razón de ello, se le solicitó a la Comisión Nacional de Regulación del Transporte determinada información, y ésta última remitió copia de las Declaraciones Juradas Mensuales de Presentación de Información Estadística de Transporte Urbano Público del período 2006 y 2007.

Se puso de resalto que el contribuyente omitió presentar los Libros IVA Ventas, los Libros Diarios, los Libros de Inventario y Balance, ni los Mayores Contables de las cuentas de ingresos, a los efectos de determinar los montos imposables de los períodos fiscalizados 2006 (enero a diciembre) y 2007 (enero a diciembre), limitándose a aportar como única información contable las copias simples de las páginas 3 a 16 del Libro de Inventarios y Balances n° 3, informe del Auditor del ejercicio económico n° 29 y las copias simples de las páginas 17 a 26 del citado Libro Contable, Informe del Consejo de Vigilancia e Informe del Auditor del Ejercicio Económico n° 30 (fs. 8 y 15).

7°) Que más adelante se indicó que la inspección procedió a analizar las Declaraciones Juradas del Impuesto al Valor Agregado aportadas por el contribuyente, verificándose incluso que los Formularios F. 731 correspondientes a los períodos 2006 y 2007 no habían sido presentados por la Línea 10 S.A. ante la A.F.I.P.

Se agregó asimismo que “se procedió al análisis de la información contenida en las Declaraciones Juradas de Presentación de Información Estadística presentadas ante la C.N.R.T., resultando los ingresos que surgen de ambas fuentes de información menores a los ingresos declarados por el propio contribuyente en las Declaraciones Juradas de Impuestos sobre los Ingresos Brutos, y que en consecuencia, no habiendo el contribuyente aportado el respaldo documental de sus operaciones y elementos probatorios que confirmen lo contrario, se consideró como montos imposables ajustados los montos imposables declarados por el propio contribuyente en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos” (fs. 15/16 y 393 vta./394).

Se concluyó que “el ajuste” practicado se debía a la deducción en exceso de las percepciones sufridas en el impuesto sobre los ingresos brutos de la Provincia de Buenos Aires, debido al cómputo incorrecto de los comprobantes de percepciones, dado que el contribuyente en las Declaraciones Juradas Mensuales del impuesto sobre los ingresos

brutos dedujo como pago a cuenta percepciones que no habían sido practicadas por los agentes de recaudación (fs. 394).

Se dijo además que de los procedimientos de auditoría surgía que las diferencias detectadas se originaron porque la demandante había incurrido en incumplimiento parcial de pago de sus obligaciones fiscales como contribuyente directo del referido impuesto, por haber declarado e ingresado en defecto el impuesto mencionado, en los períodos 2006 y 2007, tal como se expone en los formularios R-055, R-113 y R-222, explicativos de la cuantificación de las diferencias de impuestos mencionadas (fs. 392). Consecuentemente, se afirmó que las diferencias detectadas en el período 2006 (enero a diciembre) generan el nacimiento de la infracción por omisión expresamente prevista y penada por el artículo 53 del Código Fiscal.

8°) Que es claro, por tanto, que en el sub examine la actora no ha cumplido con la carga de probar, exigible para que le resulten aplicables los criterios que surgen de los precedentes citados en el considerando 4°.

Es sin ninguna duda la empresa reclamante quien estaba en mejores condiciones de probar ante el Tribunal de qué manera el ajuste dispuesto por la provincia se superponía directamente con los ingresos emergentes de los pasajes sujetos a tarifas fijadas por la autoridad nacional (arg. causa A.1515.XL “Autotransportes Andesmar S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa de certeza”, sentencia del 24 de junio de 2014).

9°) Que sin perjuicio de lo expuesto, cabe agregar a título ilustrativo que la actora no ha cuestionado en el expediente administrativo antes citado la determinación efectuada por ARBA en el caso; sino más bien los ajustes que la demandada realizó sobre la base de los adelantos que efectuó la actora con relación a los períodos fiscales 2006 (enero a diciembre) y 2007 (enero a diciembre; v. la disposición de inicio del procedimiento determinativo y sumarial n° 370/08; la notificación del 7 de octubre de 2008 al contribuyente de la “Liquidación de Diferencias”, en la cual se detallaron las diferencias a favor del fisco provincial; la presentación del 8 de octubre por el contribuyente de las Declaraciones Juradas rectificativas del impuesto por los períodos antes mencionados y el descargo formulado el 14 de octubre en el que la empresa manifestó su disconformidad con el ajuste practicado en los períodos antes señalados, fs. 387/401).

Cabe recordar que en su descargo, la actora reconoció que se trató de un error involuntario al confeccionar las Declaraciones Juradas, en las cuales se consignaron ingresos superiores a los efectivamente percibidos y que en cada uno de los veinticuatro meses examinados había una diferencia en más de \$ 194.000. Aclaró que el error de cálculo fue rectificado mediante declaraciones juradas rectificativas que se encuentran agregadas al expediente y que se trató de una suma que quedó determinada en el programa Excel y que fue consignada por error como ingreso de la empresa (fs. 17 y 329/332).

Finalmente señaló que “en el caso de autos, la Agencia dispone de los elementos necesarios para conocer, directamente y con certeza la magnitud de la obligación tributaria” y que cuenta con la documentación suficiente para conocer la base imponible. Por otro lado, recordó que la rectificación por errores de cálculo cometidos en la declaración misma da lugar a que el declarante obtenga la devolución del excedente o que simplemente rectifique la misma e ingrese el impuesto que de ella resulte (fs. 399 vta./400).

10) Que, en tales condiciones, cabe concluir que no es suficiente que la actora alegue en el escrito de demanda que se dedica a la actividad de transporte interjurisdiccional de pasajeros y que las tarifas las fijó la autoridad nacional de aplicación, para eximirse del tributo cuya inconstitucionalidad plantea. Si sólo esos fuesen los extremos a acreditar se le estaría reconociendo a las empresas del rubro una inmunidad impositiva sin más, frente a cualquier pretensión de cobro provincial; y ese no es el derecho constitucional amparado en los precedentes citados. Para su aplicación y reconocimiento es exigible y necesario que la actora logre acreditar el vínculo relacional entre las tarifas fijadas por la autoridad nacional, los precisos ingresos emergentes de esa actividad, y que la facultad impositiva provincial se intenta ejercer sobre las sumas percibidas en ese concepto.

Es fácil colegir que una prolija contabilidad es la que da certeza sobre los extremos a probar, y esa conducta en el caso no ha existido. La carencia de prueba obsta al reconocimiento de la pretensión de la actora.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se decide: Rechazar la demanda seguida por Línea 10 S.A. contra la Provincia de Buenos Aires. Con costas (artículo 68, Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General, devuélvase el expediente administrativo acompañado y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Nombre del actor: **Línea 10 S.A.**

Nombre de la demandada: **Provincia de Buenos Aires.**

Profesionales intervinientes: **doctores Ricardo Coro; Julio H. Blanco; Alejandro Fernández Llanos; Luisa M. Petcoff y María F. Quiñoa.**

OCTUBRE

FROIS, MAURICIO S/ CAUSA N° 88/2011

ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS PROVINCIALES

Cabe dejar sin efecto la sentencia por la cual la Suprema Corte local declaró inadmisibles el recurso deducido contra la decisión del Tribunal de Enjuiciamiento de Magistrados de la Pcia. de Santa Fe que destituyó a un magistrado, pues la intervención tomada -para hacer efectiva la tutela judicial pretendida por el magistrado destituido- por una Corte Suprema integrada por cuatro jueces que, junto con otros siete miembros, constituyeron con anterioridad el tribunal de enjuiciamiento que -como lo prevé la ley 7050- tomó íntegro conocimiento del caso, participó como director del procedimiento y juzgó minuciosamente al recurrente, examinando su conducta, subsumiéndola en las calificaciones legales y estableciendo su responsabilidad política, para concluir en la destitución del cargo, configura objetivamente una patente infracción a la garantía del tribunal imparcial a cargo del control judicial efectivo, que prevén los arts. 18 de la Constitución Nacional y 1, 8 y ,25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, máxime cuando el propio ordenamiento procesal local brinda la herramienta apropiada para asegurar la garantía de que se trata, al contemplar como causal de recusación o excusación, haber intervenido el juez como integrante de un tribunal inferior.

ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS PROVINCIALES

Existe cuestión federal suficiente- en el marco del recurso interpuesto contra la decisión de la Corte local que desestimó el recurso deducido contra la sentencia del Tribunal de Enjuiciamiento local que destituyó a un magistrado, puesto que la defensa pone en discusión el alcance de la garantía de juez imparcial reconocida dentro de los derechos implícitos del arto 33 de la Constitución Nacional, o, más estrictamente, arraigada en las garantías de debido proceso y de la defensa en juicio establecidas en el artículo 18 de dicha Ley Suprema, y consagrada expresamente en diversos tratados que forman parte del bloque de constitucionalidad federal en virtud de la incorporación expresa que efectúa el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, sin que obste a ello la circunstancia de que el planteo hubiese sido invocado por el interesado en el recurso extraordinario, pues se ha decidido en tradi-

cionales precedentes que las eventuales inobservancias sobre la oportuna introducción de la cuestión federal no pueden impedir el ejercicio por esta Corte de la jurisdicción más eminente reconocida por la Constitución Nacional, cuando se está en presencia de un caso de gravedad institucional (Fallos: 248:612 y 262:41).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 722/737 de los autos principales (a cuyas fojas corresponderán las siguientes citas) la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe confirmó el pronunciamiento del Tribunal de Enjuiciamiento local, en cuanto declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Mauricio Luis Fernando Frois contra la sentencia que lo había destituido del cargo de Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia de la Cuarta Nominación del Distrito Judicial número 1 -Santa Fe-.

Para así decidir, en lo que ahora resulta de interés, desestimó el agravio del recurrente referido a la violación al principio de congruencia fundado en la atribución de un hecho distinto al que le fue imputado, pues indicó que ello no se correspondía con los términos de la denuncia y de la acusación, de los cuales surge que el reproche atribuido (básicamente, morosidad judicial por la gran cantidad de expedientes a fallo con sus plazos vencidos y haber dictado sobreseimientos por prescripción de la acción penal cuando las causas estaban a estudio), había formado parte de la base fáctica de los cargos que se le imputaron.

En tal sentido, enfatizó que hubo un incuestionable correlato entre la acusación y la sentencia del tribunal de enjuiciamiento y que, desde el principio, el acusado supo en qué consistía el proceso al que se lo sometió, además de cuáles eran los hechos que se le endilgaban. Asimismo, dijo, tuvo siempre posibilidad de defenderse, tanto material como técnicamente respecto de los extremos atribuidos.

Por otra parte, estimó que la argumentación del afectado era inconsistente y escasa para tener por configurada la prescindencia de prueba decisiva y la falta de motivación de la resolución atacada, como así también, que las defensas esgrimidas ante el máximo tribu-

nal local habían sido tenidas en consideración oportunamente por el tribunal de enjuiciamiento.

Entendió que lo pretendido por el recurrente se refiere a un ámbito de discrecionalidad sobre el que los jueces no pueden avanzar, pues intenta que se revise la ponderación de circunstancias fácticas, probatorias y de derecho en una decisión de naturaleza eminentemente política con el objeto de que se sustituya el juicio del *a quo* por el de ese cuerpo.

Sobre la base de lo expuesto, descartó en definitiva que se hubiera afectado la defensa en juicio, al considerar que el impugnante había presentado oportunamente su descargo y que tuvo la posibilidad de ser oído y de ofrecer prueba, al tiempo que las cuestiones que planteó durante el debate fueron repelidas luego de ser escuchado, proceso que finalmente culminó con una resolución debidamente motivada.

-II-

Disconforme con dicha sentencia, el afectado interpuso recurso extraordinario federal (fs. 740/753) que, denegado a fs. 762/766, motivó la presente queja.

Sus agravios principales pueden resumirse del siguiente modo: (i) violación a la garantía de imparcialidad: aduce que al momento de decidir su destitución como juez provincial, el tribunal de enjuiciamiento local se había integrado por 6 jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, de conformidad con la composición prevista en la Constitución local y la ley provincial 7.050 y sus modificatorias. Con posterioridad, esos mismos jueces -por su función de ministros de la corte local- revisaron la resolución del tribunal de enjuiciamiento, al resolver el recurso de inconstitucionalidad que había interpuesto contra esta última. Afirma que ante dicha circunstancia los integrantes de la corte de la provincia debieron haberse inhibido para entender en la admisión del recurso de inconstitucionalidad y remitido dicho tratamiento a un tribunal ad hoc, de igual jerarquía, sin necesidad de esperar recusación alguna de su parte. Pone énfasis en que su perjuicio consiste en la imposibilidad de obtener una decisión justa, debidamente fundada, con respuestas dirigidas a cuestiones planteadas y, por sobre todas las cosas, respetuosa de la Constitución y de las garantías que de ella derivan aplicables a todo tipo de proceso. En particular, sostiene que se le ha desconocido el respeto de la garantía de imparcialidad del juez, por lo que se encuentra afectado su derecho al debido proceso. Estima que el proceso no tiene carácter político sino

sancionatorio, con fundamento en lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana; (ii) arbitrariedad de la decisión: señala que se ha prescindido de prueba que estima decisiva y que los argumentos del fallo son antojadizos y aparentes. Respecto de esto último, manifiesta que la sentencia carece de fundamentos que expliquen de un modo razonable y jurídico el motivo por el cual, cuando estuvo en funciones, los sobreseimientos que dictó -y que no causaron perjuicio alguno- motivaron la gravedad de las irregularidades endilgadas, o bien la razón por la cual se concluyó que tal conducta no se compadecía con la seriedad de la judicatura o la recta administración de justicia. Ello, máxime cuando se probó que las demoras procesales se debían a problemas sistémicos que padecía el fuero penal de la Provincia, y fueron uno de los motivos por los que se impulsó una reforma del sistema de justicia en esa materia, mediante la sanción de la ley 12.734; y (iii) gravedad institucional: alega que si el temor a la parcialidad es tenido en cuenta al resolver todo conflicto interindividual, debería tenerse un mayor apego a esa garantía en oportunidad de juzgarse la conducta de un magistrado. En base a lo expuesto, entiende que se ha configurado un supuesto de gravedad institucional, toda vez que no se ha respetado el cumplimiento de la manda del Preámbulo de la Constitución Nacional en cuanto dispone “afianzar la justicia”.

-III-

A partir del precedente “Graffigna Latino” (Fallos: 308:961) V.E. ha sostenido de modo invariable la doctrina según la cual las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamiento de magistrados en la esfera provincial, cuyo trámite se efectuó ante órganos ajenos a los poderes judiciales locales, constituyen un ámbito en el que solo es posible la intervención judicial en la medida que se aduzca y demuestre inequívocamente por el interesado, la violación de alguno de los derechos o garantías establecidos en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Mas por ser el objetivo del juicio político, antes que sancionar al magistrado, el de determinar si éste ha perdido los requisitos que la ley y la Constitución exigen para el desempeño de una función de tan alta responsabilidad, el sentido de un proceso de esta naturaleza es muy diverso al de las causas de naturaleza judicial, por lo que sus exigencias revisten una mayor laxitud. De ahí, pues, que, como concordemente lo ha subrayado el Tribunal desde su tradicional precedente N.92.XXIV “Nicosia, Alberto Oscar s/ recurso de queja”, del 9

de febrero de 1993 (Fallos: 316:2940) con respecto a las decisiones del Senado de la Nación en esta materia, reiterado con posterioridad a la reforma de 1994 en el caso B.450.XXXVI “Brusa, Víctor Hermes s/ pedido de enjuiciamiento”, del 11 de diciembre de 2003 (Fallos: 326:4816) con relación a los fallos del Jurado de Enjuiciamiento de la Nación, y lo viene extendiendo al ámbito de los enjuiciamientos de magistrados provinciales hasta sus pronunciamientos más recientes (Fallos: 329:3027; 328:3148 y 331:1784), quien pretenda el ejercicio de aquel escrutinio deberá demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente, un grave menoscabo a las reglas del debido proceso y a la garantía de defensa en juicio que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa (arts. 18 de la Constitución Nacional, antes citado; 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

-IV-

A la luz de tales pautas hermenéuticas, corresponde examinar si el recurso extraordinario cuya denegación origina esta presentación directa es o no admisible.

Opino que debe descartarse, por extemporáneo, el agravio planteado, de orden federal, referido a que el tribunal de enjuiciamiento carece de las condiciones de imparcialidad que exige la garantía constitucional de defensa en juicio.

En efecto, cabe recordar que la cuestión constitucional debe plantearse en la primera oportunidad posible en el curso del proceso (Fallos: 316:64), exigencia que tiene por objeto que el tema de agravio haya sido sometido a las instancias ordinarias y debatido en ellas, evitando una reflexión tardía de las partes. En ese sentido, advierto que el apelante omitió toda referencia a dicha cuestión, tanto al integrarse el tribunal de enjuiciamiento como en el escrito del recurso de inconstitucionalidad ante la corte local, y lo formuló recién en el escrito de interposición del remedio federal. En consecuencia, no puede ser admitido.

Por otra parte, en mi opinión, tal omisión implicó su consentimiento a la integración del aludido tribunal e impide tener configurado a su respecto un supuesto de arbitrariedad sorpresiva surgida del pronunciamiento que ataca. Ello es así, pues el recurrente ni siquiera alega haber promovido recusaciones, con el objeto de preservar la garantía que invoca, ante alguno de los órganos que intervinieron en el proceso.

No obsta a lo expuesto lo decidido por el Tribunal en el precedente de Fallos: 331:1784, toda vez que en dicha causa V.E. hizo hincapié en

que el afectado sostuvo, desde la primera oportunidad en que tomó intervención en el enjuiciamiento, que se estaba infringiendo su garantía de defensa en juicio, al no haberse satisfecho el recaudo de imparcialidad que debe llenar todo tribunal, reiterándolo al alegar ante el jurado e introduciéndolo, como cuestión de naturaleza federal, en el recurso de inconstitucionalidad por ante el superior tribunal de justicia provincial (conf. considerando 4°, fallo citado).

En otro orden, entiendo que tampoco es admisible el agravio del apelante respecto a la falta de motivación de la sentencia que recurre y que sustenta en el hecho de no haberse tratado el planteo referido a que el tribunal de enjuiciamiento omitió explicar las razones en virtud de las cuales los sobreseimientos -por prescripción- que dictó durante el ejercicio de su magistratura, y que no causaron perjuicio, constituyeron el fundamento de la gravedad de las irregularidades que se le imputaron.

Cabe tener en cuenta, sobre dicho planteo, que los integrantes de la corte provincial ponderaron que el tribunal de enjuiciamiento había declarado *“que de ninguna manera se juzgaba los criterios empleados por el Magistrado enjuiciado para decidir sobre la prescripción de la acción, por el contrario, sólo se consideraban las concretas irregularidades verificadas en cuanto al incumplimiento de actos y tareas propios de la función que suponen el irremediable acatamiento de disposiciones imperativas de la Constitución, la ley y las reglamentaciones vigentes”* y agregó que a partir de ese enunciado el tribunal *“sostuvo que las argumentaciones expuestas por la defensa en relación a que la responsabilidad del enjuiciado se vería disminuida por las circunstancias de que otros jueces ‘prescribían’ tanto o más que él, carecían de toda pertinencia; por el contrario (...) los cargos que la defensa no lograba rebatir se vinculaban con la violación de elementales disposiciones que regulan aquel instituto”* (v. fs. 732). A tales efectos enumeraron las anomalías que el tribunal de enjuiciamiento había tenido por constatadas.

Así expuestos los argumentos del *a quo*, en mi parecer no se advierte falta de motivación en la sentencia, por lo cual el agravio del apelante sólo trasunta una mera discrepancia con el criterio adoptado por la corte local en punto a la ponderación de la labor que llevó a cabo el órgano de enjuiciamiento, concepto que, por otra parte, resulta en la misma línea de la doctrina de V.E. al expresar que *“si bien se debe reafirmar el principio de independencia del Poder Judicial que, en materia de enjuiciamientos políticos, se traduce en la imposibilidad de destituir a un magistrado por el contenido de sus sentencias, la*

destitución del recurrente no estuvo vinculada al contenido de sus pronunciamientos, sino a la configuración de la causal de mal desempeño que el tribunal tuvo por acreditada, estimación que no puede ser alcanzada por el poder de revisión conferido a la Corte” (doctrina de Fallos: 327:1914).

Por último, creo oportuno recordar que el alcance limitado de esta instancia de revisión y la falta de prueba de una concreta violación a la garantía del debido proceso determina la suerte del recurso puesto que ni la subsunción de los hechos en las causales de destitución ni la apreciación de los extremos fácticos o de derecho que han llevado al jurado al juicio de remoción constituyen materia de pronunciamiento, toda vez que no se trata de que el órgano judicial se constituya en un tribunal de alzada y sustituya el criterio de quienes por imperio de la ley están encargados en forma excluyente del juicio de responsabilidad política de los magistrados (Fallos: 318:2266, entre otros).

-V-

Por lo expuesto, opino que corresponde desestimar la queja. Buenos Aires, 5 de diciembre de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de octubre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Mauricio M. Frois en la causa Frois, Mauricio s/ causa n° 88/2011”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el Tribunal de Enjuiciamiento de Magistrados de la Provincia de Santa Fe destituyó, mediante sentencia del 15 de marzo de 2010, al doctor Mauricio Luis Fernando Frois del cargo de Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia de la Cuarta Nominación del Distrito Judicial n° 1 —provincia de Santa Fe—, por considerar encuadrada su conducta en las causales previstas en el artículo 7°, inciso primero —segunda parte—, e inciso segundo, de la ley 7050 y sus modificatorias 11.115 y 12.949 (fs. 644/665).

Contra dicho pronunciamiento el magistrado promovió el recurso de inconstitucionalidad previsto en la ley local 7055 (fs. 680/693), en el que invocó la violación por parte del jurado de la garantía de defensa en juicio, al haber sido destituido por una imputación que no integró debidamente la pieza acusatoria, por prescindir el fallo de prueba decisiva y por sustentarse la decisión en fundamentos aparentes.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe declaró inadmisibile el recurso, haciendo pie en la tradicional jurisprudencia de esta Corte sobre los limitados alcances del control de constitucionalidad en procedimientos de esta especie, y que en el caso no se observaba —con el rigor que caracteriza el examen en esta clase de procesos— la afectación de garantía constitucional alguna (fs. 722/737).

2°) Que esa sentencia fue impugnada por el doctor Mauricio Frois mediante el recurso extraordinario federal de fs. 741/753, en el que invoca la afectación de la garantía que le asiste de contar con un recurso apto ante un tribunal de justicia imparcial, condición que —a su juicio— no ostenta la Corte santafesina en la medida en que los cuatro jueces que participaron de la decisión de rechazar el recurso judicial de inconstitucionalidad habían integrado, junto con los demás miembros que contempla la ley 7050, el tribunal de enjuiciamiento que lo destituyó. Además, postula la violación del derecho de defensa y del debido proceso que le causa la arbitrariedad de la sentencia apelada, al desestimar sin fundamentos sostenibles los agravios de raigambre constitucional que había introducido en el recurso local.

El tribunal a quo denegó la apelación federal (fs. 762/766), sosteniendo en cuanto aquí interesa “...*que ninguna afectación a la imparcialidad se verifica en el ‘sub iudice’ a tenor de la jurisprudencia de esta Corte en la materia, en tanto ha sostenido que ‘por imperativo constitucional, el Tribunal de Enjuiciamiento constituye un cuerpo distinto de los que forman el complejo de los órganos jurisdiccionales ordinarios y de la misma Corte, cuanto actúa como tal, en el ejercicio de las competencias que le atribuyen los artículos 92 (superintendencia o gobierno) y 93 (jurisdiccional) de la Constitución Provincial. En otras palabras, tal órgano no forma parte del Poder Judicial por lo que debe caracterizársele como un tribunal de naturaleza*

política, jurídica e institucional. Trátese, en consecuencia ‘de una justicia política o constitucional’ que tiene en mira la tutela de

una recta Administración de Justicia que se vería seriamente dañada con la permanencia en sus cargos de quienes estuvieran incurso en algunas de las causales del artículo 7 de la ley 7050” y que “...la intervención que a los miembros de este Cuerpo les corresponde en el referido Jury de Enjuiciamiento —destinada a efectuar el control de idoneidad de un Juez en el desempeño de su función— difiere de modo sustancial del control de constitucionalidad que le atribuye la constitución y la ley, sólo concebido para verificar si se ha conculcado alguna garantía consagrada en la Carta Magna” (fs. 764/764 vta.).

Por lo demás, descarta los motivos de agravios fundados en la alegada afectación del principio de congruencia, la prescindencia de prueba decisiva y la falta de motivación suficiente.

Frente a esa denegación, el magistrado destituido vencido interpuso esta presentación directa.

3°) Que, en primer lugar, cabe recordar que a partir del precedente “Graffigna Latino” (Fallos: 308:961) esta Corte ha sostenido de modo invariable la doctrina según la cual las decisiones en materia de los llamados juicios políticos o enjuiciamiento de magistrados en la esfera provincial, cuyo trámite se efectuó ante órganos ajenos a los poderes judiciales locales, constituyen un ámbito en el que es posible la intervención judicial en la medida que se aduzca y demuestre inequívocamente por el interesado la violación de alguno de los derechos o garantías establecidos en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Por ser el objetivo del juicio político, antes que sancionar al magistrado o funcionario, el de determinar si éste ha perdido los requisitos que la ley y la Constitución exigen para el desempeño de la función para la que ha sido designado, el sentido de un proceso de esta naturaleza es muy diverso al de las causas de naturaleza judicial, por lo que sus exigencias revisten una mayor laxitud.

De ahí, pues, que como concordemente lo ha subrayado este Tribunal desde su tradicional precedente sentado en la causa “Nicosia” (Fallos: 316:2940), con respecto a las decisiones del Senado de la Nación en esta materia; lo reiteró con posterioridad a la reforma de 1994 ante el nuevo texto del art. 115 de la Ley Suprema en el caso “Brusa” (Fallos: 326:4816) con relación a los fallos del Jurado de Enjuiciamiento de la Nación; y lo viene extendiendo al ámbito de los enjuiciamientos pro-

vinciales hasta sus pronunciamientos más recientes (causas P.1163. XXXIX “Paredes, Eduardo y Pessoa, Nelson s/ queja e inconstitucionalidad” (Fallos: 329:3027); “Acuña, Ramón Porfirio” (Fallos: 328:3148); “De la Cruz, Eduardo Matías (Procurador General de la Suprema Corte de Justicia)” (Fallos: 331:810); “Rodríguez, Ademar Jorge” (Fallos: 331:2156); “Rojas, Ricardo Fabián” (Fallos: 331:2195); “Trova, Facundo Martín” (Fallos: 332:2504) y causas A.936.XLV. “Agente Fiscal s/ solicita instrucción de sumario”; B.32.XLVII. “Badano, Eduardo José s/ juicio político” y P.173.XLVII “Parrilli, Rosa Elsa s/ recurso en SCD187/090 (denuncia efectuada por el señor Ministro de Justicia y Seguridad del GCBA), sentencias del 1° de junio de 2010, 14 de febrero de 2012 y 18 de septiembre de 2012, quien pretenda el ejercicio de aquel escrutinio deberá demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente, con flagrancia, un grave menoscabo a las reglas del debido proceso y a la garantía de defensa en juicio que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa en función de la directa e inmediata relación que debe tener la cuestión federal invocada con la materia del juicio (art. 18 de la Constitución Nacional; arts. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 15 de la ley 48).

Ese limitado control judicial, no obstante, debe ser llevado a cabo por un tribunal que asegure al afectado el debido respeto a los contenidos estructurales de la garantía de defensa en juicio que reconocen a los justiciables la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y que cumpla con las formalidades sustanciales del procedimiento judicial y de la sentencia que permitan una suficiente y efectiva revisión judicial (causa “Acuña, Ramón Porfirio” (Fallos: 328:3148); “Rojas, Ricardo Fabián” (Fallos: 331:2195); F.361.XLVII “Fleitas, Pablo Andrés s/ acusación”, de fecha 20 de noviembre de 2012, voto de la mayoría y voto de la jueza Argibay).

5°) Que, en este asunto, mediante el recurso extraordinario federal, el ex magistrado ha invocado —entre otros motivos—, la afectación de la garantía que le asiste de contar con un recurso apto ante un tribunal imparcial, condición que, según su juicio, no ostenta la Corte santafesina en la medida en que cuatro jueces que participaron de la decisión de rechazar el recurso judicial de inconstitucionalidad habían integrado, junto con los demás miembros que contempla la ley 7050, el tribunal de enjuiciamiento que lo destituyó (art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

6°) Que en autos existe cuestión federal suficiente puesto que la defensa pone en discusión el alcance de la garantía de juez imparcial reconocida dentro de los derechos implícitos del art. 33 de la Constitución Nacional, o, más estrictamente, arraigada en las garantías de debido proceso y de la defensa en juicio establecidas en el artículo 18 de dicha Ley Suprema, y consagrada expresamente en los artículos: 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad federal en virtud de la incorporación expresa que efectúa el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional (causas “Llerena”, Fallos: 328:1491 y “Dieser”, Fallos: 329:3034).

No obsta a esta conclusión la circunstancia de que el planteo hubiese sido invocado por el interesado en el recurso extraordinario, pues se ha decidido en tradicionales precedentes que las eventuales inobservancias sobre la oportuna introducción de la cuestión federal no pueden impedir el ejercicio por esta Corte de la jurisdicción más eminente reconocida por la Constitución Nacional, cuando se está en presencia de un caso de gravedad institucional (Fallos: 248:612 y 262:41).

Y una situación de estas características se verifica cuando, como en el sub lite, existe la posibilidad de que a raíz de la actuación cumplida por el tribunal a quo se origine la responsabilidad internacional del Estado Argentino por el incumplimiento del orden jurídico supranacional (Fallos: 319:2411; 322:875).

7°) Que las circunstancias concretas del caso, revelan que el control judicial llevado a cabo por la Corte estadual no satisface las exigencias contempladas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los arts. 1°, 8°.1° y 25°, pues el tribunal que lo llevó a cabo no estaba integrado por jueces imparciales.

En efecto, una tacha de esta especie fue admitida por la Corte Interamericana en el caso del “Tribunal Constitucional del Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001, con sustento en que: “*quienes integraron el Tribunal constitucional y conocieron el amparo de los magistrados destituidos fueron las mismas personas que participaron o se vieron involucradas en el procedimiento de acusación constitucional en el Congreso...*”, y desde esta condición esa Corte Interamericana de De-

rechos Humanos concluyó que *“de conformidad con los criterios y exigencias esgrimidos por este Tribunal sobre la imparcialidad del juez, puede afirmarse que en la decisión de los amparos en el caso en análisis, no se reunieron las exigencias de imparcialidad por parte del tribunal que conoció de los citados amparos. Por lo tanto, los recursos intentados por las supuestas víctimas no eran capaces de producir el resultado para el que habían sido concebidos y estaban condenados al fracaso, como en la práctica sucedió”* (parágrafo 96).

8°) Que, desde esta visión, se advierte que la intervención tomada en este asunto —para hacer efectiva la tutela judicial pretendida por el magistrado destituido, con el riguroso alcance precisado— por una Corte Suprema integrada por cuatro jueces que, junto con otros siete miembros, constituyeron con anterioridad el tribunal de enjuiciamiento que —como lo prevé la ley 7050— tomó íntegro conocimiento del caso, participó como director del procedimiento y juzgó minuciosamente al recurrente, examinando su conducta, subsumiéndola en las calificaciones legales y estableciendo su responsabilidad política, para concluir en la destitución del cargo, configura objetivamente una patente infracción a la garantía del tribunal imparcial a cargo del control judicial efectivo, que prevén los arts. 18 de la Constitución Nacional y 1, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Máxime, cuando el propio ordenamiento procesal local brinda la herramienta apropiada para asegurar la garantía de que se trata, al contemplar como causal de recusación, y excusación, haber intervenido el juez como integrante de un tribunal inferior; y en el caso no hay duda que esa condición la ostenta el Tribunal de Enjuiciamiento provincial frente a la Corte Suprema estadual, cuando las decisiones de aquel órgano son impugnadas únicamente por ante este tribunal de justicia mediante un recurso de su especialidad, que la misma Corte estadual reconoció admisible al recordar las tradicionales reglas establecidas por esta Corte en la materia, reproducidas en el considerando 3°.

9°) Que, en efecto, para sostener la decisión recaída en el citado precedente “Llerena”, de que resulta incompatible con la garantía de imparcialidad la circunstancia que sea un mismo juez el que intervenga en la instrucción del proceso y el que actúe en la etapa de juicio, la Corte recordó —entre otros fundamentos— el “Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento en Materia Penal”, denominado “Reglas de Mallorca”, que en el segundo inciso de su regla cuarta establece que “...Los tribunales deberán ser imparciales...Especialmente, no

podrá formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa...”.

Desde esta premisa elemental, no requiere ahondar en desarrollos la ausencia total de imparcialidad que exhibe un magistrado que integra —en el caso, naturalmente— el tribunal revisor, para llevar a cabo su misión respecto de un procedimiento y de una decisión sobre el fondo de la cuestión tomada por un tribunal anterior; que ese mismo juez integró —también naturalmente— con plenitud de sus atribuciones y en todas las etapas de la causa.

Frente a la naturaleza y raigambre del planteo señalado, así como la gravedad de que el control judicial se hubiera llevado a cabo por jueces cuya ausencia de imparcialidad era ostensible desde su intervención inicial (Fallos: 316:1710 y 324:1211), las expresiones del superior tribunal —acerca de que ninguna afectación a la imparcialidad se verifica en el ‘sub judice’— no pasan de ser una afirmación dogmática que es constitucionalmente insostenible (Fallos: 236:27), además de que desconoce la jurisprudencia de esta Corte y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que exige el carácter efectivo, idóneo y con posibilidades reales de los recursos por ante el poder judicial (conf. Convención Interamericana de Derechos Humanos, caso del “Tribunal Constitucional”, antes citado; caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, sentencia del 30 de mayo de 1999, pág. 185), uno de cuyos recaudos fundamentales es que se promueva ante un tribunal imparcial (“Castillo Petruzzi”, pág. 131; caso “Herrera Ulloa”, sentencia del 2 de julio de 2004, pág. 171).

En todo caso, es de aplicación en situaciones como la considerada el estándar delineado por el Tribunal en materia de garantía de imparcialidad, según el cual es decisivo establecer si, desde el punto de vista de las circunstancias externas (objetivas), existen elementos que autoricen a abrigar dudas con relación a la imparcialidad con que debe desempeñarse el juez, con prescindencia de qué es lo que pensaba en su fuero interno, siguiendo el adagio *justice must not only be done: it must also be seen to be done* (“Dieser”, Fallos: 329:3034).

10) Que esta Corte (Fallos: 311:2320; 315:761 y 781) ha extendido a las decisiones de los jurados de enjuiciamiento de magistrados provinciales la doctrina según la cual el superior tribunal de provincia del que ha de provenir la sentencia definitiva susceptible de recurso extraordinario es, en principio, el órgano jurisdiccional erigido como supremo por la consti-

tución local, pues sin soslayar el principio en virtud del cual las provincias son libres para crear las instancias judiciales que estimen apropiadas, no pueden vedar a ninguna de ellas, y menos a las más altas, la aplicación preferente de la Constitución Nacional (caso “Acuña”, antes citado).

Con tal comprensión, la intervención del superior tribunal mediante un pronunciamiento constitucionalmente sostenible es indeclinable, pues ello constituye un presupuesto insoslayable para considerar en la instancia del art. 14 de ley 48 las cuestiones que eventualmente se promuevan como de naturaleza federal (causa M.584.XLVI “Moll, Raúl Horacio s/ Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados”, sentencia del 12 de julio de 2011); máxime cuando desde el conocido precedente “Penjerek” de Fallos: 257:132 la garantía del tribunal imparcial cuenta con anclaje constitucional en el derecho al debido proceso reconocido en el art. 18 de la Ley Suprema.

11) Que en las condiciones expresadas, la garantía constitucional que se invoca como vulnerada guarda relación directa e inmediata con lo resuelto (art. 15, ley 48), por lo que corresponde privar de validez al fallo recurrido a fin de que la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe dicte un pronunciamiento constitucionalmente válido en los términos que aquí se indica.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto con el alcance indicado y se deja sin efecto la sentencia apelada. Devuélvase el depósito de fs. 2. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por: **Mauricio M. Frois, abogado defensor de Mauricio Luis Fernando Frois.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe; Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Provincia de Santa Fe.**

Ministerio Público: **ha tomado intervención dictaminando la Procuradora Fiscal Dra. Laura Monti.**

GUIDI, JUAN LUIS c/ Mº J Y DDHH - ART. 3 LEY 24.043 - RSL
1922/11 (EX 143.384/04)

DETENCION DE PERSONAS

Cabe revocar la sentencia que denegó la indemnización peticionada en los términos de la ley 24.043 y sus complementarias a quien se hallaba cumpliendo el servicio militar obligatorio durante el período de su detención, lo cual le otorgaba estado militar en los términos del artículo 13 de la ley 17.531, circunstancia que no tuvo incidencia alguna en la detención ilegal del actor, ni respondió a la comisión de un delito militar o a una falta disciplinaria, pues el caso de autos se distingue sustancialmente de los precedentes “Arcuri” y “Siboldi” que involucraban conscriptos condenados por tribunales militares competentes por infracciones al régimen del servicio militar obligatoria, por lo que cabe reconocerle aquella indemnización, conclusión que atiende a los fines de la leyes 24.043 y 26.564 y a la obligación del Estado argentino de reparar los daños causados por el terrorismo de Estado.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

DETENCION DE PERSONAS

Cabe reconocer al actor la indemnización peticionada en los términos de la ley 24.043 y sus complementarias, quien fue privado de su libertad mientras cumplía con el servicio militar obligatorio, pues tal detención no tuvo relación con su carácter de conscripto, y una interpretación diversa llevaría a que entre hermanos que padecieron la misma violación a sus derechos humanos- el hermano tenía estado civil y fue detenido en iguales circunstancias- fueran tratados en forma diferente, uno accediendo a la compensación y el otro no, lo que menoscabaría el derecho a la igualdad consagrado por los art. 16 y 43, y en los tratados con jerarquía constitucional conforme al artículo 75, inc.22, de la C.N.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la resolución que denegó la indemnización solicitada por Juan Luis Guidi en los términos de la ley 24.043 y sus complementarias (fs. 130/132 vta.).

Para así decidir, la Cámara sostuvo que el artículo 1 de la ley 24.043 condiciona el otorgamiento de la compensación a que la víctima sea un detenido civil en virtud de actos emanados de tribunales o autoridades militares durante la vigencia del estado de sitio. Puntualizó que esa ley, y no la 26.564, rige la concesión del derecho reclamado por el actor en atención al período de su detención. Destacó que el accionante tenía estado militar, independientemente de las causas que hubiesen dado lugar a su privación de la libertad, y conforme al artículo 13 de la ley 17.531 y a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Arcuri” (Fallos 323:1625) y “Siboldi” (S.C. S. 2455, L. XXXVIII). Por lo tanto, concluyó que no tenía derecho a percibir la indemnización solicitada.

Finalmente, rechazó el planteo de inconstitucionalidad del artículo 1 de la ley 24.043 en tanto entendió que no había sido suficientemente fundado.

-II-

Contra esa sentencia, el señor Guidi interpuso recurso extraordinario federal (fs. 140/158 vta.), que fue concedido en cuanto a la interpretación de normas de carácter federal y denegado con relación a las causales de arbitrariedad denunciadas, sin que interpusiera la correspondiente queja (fs. 175).

El recurrente sostiene, en lo principal, que la Cámara interpretó de modo incorrecto el alcance de la ley 24.043 y sus complementarias al rechazar su petición sobre la base de que tenía estado militar al momento de su detención.

Destaca que fue víctima del terrorismo de Estado y fue detenido y sometido a tormentos y vejámenes por su condición de opositor político. Por ello, sostiene que tiene un derecho a percibir la indemnización especial prevista por las leyes 24.043 y 26.564. En forma subsidiaria,

peticiona que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1 de la ley 24.043 por ser violatorio del derecho constitucional a la igualdad. Manifiesta que la decisión apelada excluye arbitrariamente del régimen de reparación a un grupo de personas por la mera circunstancia de haber sido conscriptos al momento de los hechos, pese a que fueron víctimas del régimen persecutorio instaurado por el gobierno militar.

-III-

En las presentes actuaciones, se cuestiona el alcance de las leyes 24.043 y 26.564, que tienen carácter federal, y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que la apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3º, ley 48). Por lo tanto, entiendo que el recurso extraordinario es admisible.

-IV-

Juan Luis Guidi y sus dos hermanos fueron detenidos el 11 de mayo de 1976 por un grupo de personas armadas en la ciudad de Córdoba. En ese entonces, el señor Guidi estaba cumpliendo el servicio militar obligatorio; más específicamente, prestaba servicios en la Batería Comando del Grupo de Artillería de Montaña V de la Provincia de Jujuy. Él y uno de sus hermanos permanecieron detenidos en el Departamento de Informaciones de la Policía de la Provincia de Córdoba (D-2) y, a partir del 2 de junio de 1976 hasta el día de su liberación -el 24 de diciembre de 1976-, en la Unidad Penitenciaria nro. 1 de la Provincia de Córdoba. El damnificado afirmó que mientras estuvo detenido fue sometido a torturas y a condiciones inhumanas de detención (fs. 1/2 vta., 5, 8 y 12/16).

En este caso, la cuestión a dilucidar es si el señor Guidi tiene un derecho a una reparación en los términos de la ley 24.043 y sus complementarias en atención a la privación ilegítima de su libertad que padeció durante la última dictadura cívico-militar.

A esos efectos, cabe recordar el contexto histórico en el que fue sancionada la ley 24.043. Las detenciones ilegítimas ocurridas durante uno de los períodos más trágicos de nuestra historia dieron lugar a numerosos reclamos por daños y perjuicios que fueron promovidos luego de la restauración de la democracia y, en muchos casos, fueron rechazados por limitaciones del ordenamiento jurídico interno. Ello llevó a un grupo de víctimas a denunciar al Estado argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ese marco, nuestro gobierno asumió el compromiso de sancionar una ley especial que, por

razones de equidad, contemple a quienes no hubiesen podido obtener una reparación por las limitaciones referidas.

Ante la inminencia de la audiencia de conciliación y a los efectos de evitar una sanción internacional, en enero de 1991 se dictó el decreto 70/91, que estableció una indemnización para aquellas personas que hubieran estado detenidas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional. Ese mismo año se sancionó la ley 24.043, que amplió el ámbito de aplicación de ese decreto. En este sentido, el artículo 1 de la ley 24.043 estableció una indemnización para quienes durante la vigencia del estado de sitio hubiesen estado detenidos a disposición del Poder Ejecutivo, o, siendo civiles, hubiesen sido detenidos en virtud de actos emanados de tribunales militares o a disposición de autoridades militares (esto último, cf. ley 24.906).

Más tarde se sancionó la ley 26.564. Por un lado, el artículo 1 amplió el período de tiempo que da lugar a las reparaciones previstas por la ley 24.043. Así, dispuso: “Inclúyase en los beneficios establecidos por las leyes 24.043 y 24.411, sus ampliatorias y complementarias a aquellas personas que, entre el 16 de junio de 1955 y el 9 de diciembre de 1983, hayan estado detenidas, hayan sido víctimas de desaparición forzada, o hayan sido muertas en alguna de las condiciones y circunstancias establecidas en las mismas.” Por otro lado, el artículo 5 amplió las situaciones de privación ilegítima de la libertad que dan lugar a las compensaciones en cuestión. En este sentido, estableció: “Inclúyase en los beneficios indicados en el artículo 1°, a quienes hubieran sido detenidos por razones políticas a disposición de juzgados federales o provinciales y/o sometidos a regímenes de detención previstos por cualquier normativa que conforme a lo establecido por la doctrina y los tratados internacionales, pueda ser definida como detención de carácter político”.

Además, el artículo 3 de esa ley incluyó entre los beneficiarios a los militares en actividad que por no aceptar incorporarse a la rebelión contra el gobierno constitucional hubieran sido víctimas de difamación, marginación y/o baja de la fuerza.

En numerosas oportunidades, la Corte Suprema ha destacado que la ley 24.043 fue dictada a fin de conceder una reparación a las personas que fueron ilegítimamente privadas de su libertad durante la última dictadura cívico-militar (cf. Fallos: 331:1771 y sus citas).

En la causa registrada en Fallos: 331:1771, este Ministerio Público Fiscal expuso que dicha ley se convirtió en la primera de una serie de disposiciones legales que tienen por objeto reparar los ultrajes a la

dignidad humana que se cometieron en el período comprendido entre el 6 de noviembre de 1974 y el 10 de diciembre de 1983. Más específicamente, este organismo sostuvo que “por medio de la ley 24.043 y de otras posteriores de similar carácter, el Congreso Nacional -órgano en el cual se encuentran representados todas las expresiones políticas de la sociedad y los Estados locales-, al mismo tiempo que cumplió el compromiso asumido por la República ante organismos internacionales encargados de velar por los derechos humanos, expresó su voluntad política de implementar una clara directriz estatal de amplia reparación histórica a las víctimas de la violencia política padecida en nuestro país antes de la reinstalación de las autoridades democráticas”.

En ese caso, el Ministerio Público Fiscal concluyó que estas pautas han servido de guía al momento de evaluar judicialmente la aplicación de aquellos regímenes normativos a numerosos casos que, en principio, no parecían incluidos en sus términos literales, pero que, en realidad, estaban comprendidos en el espíritu amplio que animó al legislador a establecerlos.

Para más, esa inteligencia de la ley 24.043 es consistente con las obligaciones del Estado conforme con el derecho internacional. Los Estados tienen el deber de investigar, sancionar, reparar y garantizar la no repetición de los crímenes contra la humanidad (art. 63, Convención Americana de Derechos Humanos; art. 9, inc. 5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 24, incs. 4 y 5, Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; y art. 14, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes). Específicamente, en cuanto al deber de reparar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que de acuerdo al derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad de los Estados “toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente” (“Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, sentencia de 26 de agosto de 2011, párr. 157).

-V-

En el caso, no está controvertido que el señor Guidi estaba cumpliendo el servicio militar obligatorio durante el período de su detención y ello le otorgaba estado militar en los términos del artículo 13 de la ley 17.531. Sin embargo, también es cierto que esa circunstancia no tuvo incidencia alguna en la detención ilegal del señor Guidi.

En primer lugar, la privación de su libertad no fue ordenada por ninguno de los tribunales que ejercen jurisdicción militar (cf. art. 9, Código de Justicia Militar). En cambio, el damnificado fue detenido a disposición del área 311 por orden del Comando de la IV Brigada de Infantería Aerotransportada (fs. 13).

En segundo lugar, su detención no respondió a la comisión de un delito militar o a una falta disciplinaria. En efecto, la Dirección Personal del Ejército Argentino indicó que mientras el señor Guidi cumplía el servicio militar obligatorio no fue objeto de sanciones disciplinarias (fs. 23). Por el contrario, en estos autos obra incorporada una nota firmada por Luciano Benjamín Menéndez, Comandante del III Cuerpo del Ejército, mediante la cual informó a la madre de los hermanos Guidi que “su detención se llev[ó] a cabo para determinar su grado de responsabilidad en actividades subversivas que se les imputa” (fs. 6).

De este modo, el caso bajo análisis se distingue sustancialmente de los precedentes citados por el a quo “Arcuri” y “Siboldi”. Esos casos involucraron conscriptos que fueron condenados por tribunales militares competentes por infracciones al régimen del servicio militar obligatorio.

En tercer lugar, cabe ponderar que el hermano del actor -Guido Guidi- que tenía estado civil fue detenido en las mismas condiciones (fs. 1/2 vta. y fs. 6).

En suma, la detención del accionante no está relacionada con su carácter de conscripto, ni es consecuencia de un acto de servicio, sino con hechos y circunstancias ajenos a esa condición.

En este marco fáctico y en consonancia con la amplia voluntad reparadora que guio al Congreso de la Nación en la sanción de las leyes 24.043 y 26.564, corresponde reconocer al actor la indemnización peticionada, máxime cuando su estado militar no tuvo, en el caso concreto, incidencia alguna en la privación ilegítima de la libertad. Esa conclusión atiende a los fines de las citadas leyes y a la obligación internacional del Estado argentino de reparar los daños causados por el terrorismo de Estado. En efecto, de la motivación de la detención del actor- esto es, en palabras de Luciano Benjamín Menéndez, “determinar su grado de responsabilidad en actividades subversivas”- surge que justamente esta clase de privaciones ilegítimas de la libertad son las que procura reparar la ley 24.043. Además, no puede dejar de mencionarse que el artículo 5 de la ley 26.564 prevé, sin distinguir entre civiles y militares, una compen-

sación para todos los detenidos por razones políticas entre el 16 de junio de 1955 y el 9 de diciembre de 1983.

Por último, una interpretación diversa llevaría a que los hermanos Guidi, que padecieron la misma violación a sus derechos humanos, fueran tratados en forma diferente -uno podría acceder a la compensación y otro no- por la mera circunstancia de que el actor estaba cumpliendo el servicio militar obligatorio. Ello menoscabaría el derecho constitucional a la igualdad consagrado los artículos 16 y 43, y en los tratados con jerarquía constitucional conforme al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (arts. 1.1 y 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3 y 7, Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; 2.1 y 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; II, Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre; y 2 y 7, Declaración Universal de los Derechos del Hombre).

-VI-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 30 de abril de 2014. *Alejandra Magdalena Gils Carbó*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de octubre de 2014.

Vistos los autos: “Guidi, Juan Luis c/ M J y DDHH – art. 3° ley 24.043 – RSL 1922/11 (ex 143.384/04)”.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas por la recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación, a cuyos fundamentos y conclusión corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario promovido por la actora y se revoca la sentencia apelada. Con costas.

Vuelva la causa al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por: **Juan Luis Guidi**, con el patrocinio letrado del Dr. **Rodrigo N. Expósito**.

Traslado contestado por: **el Estado Nacional**, representado por el Dr. **Alejandro Castelló**, con el patrocinio letrado del Dr. **Marcos A. Giangrasso**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV**.

PILQUIMAN, CRECENCIO c/ INSTITUTO AUTARQUICO DE
COLONIZACION Y FOMENTO RURAL s/ ACCIÓN DE AMPARO

PUEBLOS INDIGENAS

Cabe dejar sin efecto la decisión que declaró mal concedido el recurso de casación deducido por la actora contra la sentencia que desestimó el amparo promovido a fin de garantizar a una comunidad indígena el derecho a la participación en los asuntos concernientes al territorio y a los recursos naturales, pues el examen de los recaudos de admisibilidad de la instancia casatoria local se llevó a cabo con un injustificado rigor formal que concluyó en la arbitraria cancelación de la vía revisora omitiendo tratar la materia constitucional oportunamente articulada -derecho de consulta y participación- con la consecuente frustración de los derechos comprometidos en el planteo y con evidente menoscabo de la garantía constitucional de defensa en juicio que asiste al recurrente.

PUEBLOS INDIGENAS

Cabe dejar sin efecto la decisión que declaró mal concedido el recurso de casación deducido por la actora contra la sentencia que desestimó el amparo promovido a fin de garantizar a una comunidad indígena el derecho a la participación en los asuntos concernientes al territorio y a los

recursos naturales, pues la omisión por parte del superior tribunal local de pronunciarse sobre los derechos que la recurrente fundó en el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional y en el Convenio N° 169 de la O.I.T resulta palmaria y constituye un obstáculo para que la Corte Suprema ejerza correctamente su competencia apelada, ya que la decisión del caso federal no emana del superior tribunal de la causa.

FEDERALISMO

El respeto cabal del régimen federal de gobierno y de la zona de reserva jurisdiccional de las provincias, impone -por un lado- reconocer a los magistrados de todas las instancias el carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la Constitución Nacional; y, por el otro, exige colocar la intervención apelada de la Corte en el quicio que ella le ha asignado: ser su intérprete y salvaguarda final.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 7 de octubre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/ acción de amparo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut declaró mal concedido el recurso de casación deducido por la parte actora contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Trelew, mediante la cual —por un lado— había confirmado, en lo sustancial, el fallo de primera instancia que desestimó la acción de amparo; y —además— había modificado aquél e impuso las costas del proceso a la demandante vencida (fs. 692/697).

La reclamación fue promovida por el señor Crecencio Pilquiman como miembro de la Comunidad Aborígen Lagunita Salada, Gorro Frigio y Cerro Bayo, a fin de que —por una parte— se garantizara a dicha comunidad el derecho a la participación indígena en los asuntos que

le conciernen —especialmente, en cuanto al territorio y a los recursos naturales—, tutelado en la Constitución Nacional y en la Ley Suprema provincial, así como en el Convenio N° 169 de la OIT. La demanda también tuvo por objeto que se declarara la nulidad de la resolución 60/07 del Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural (IAC) de la Provincia del Chubut, mediante la cual se había adjudicado en venta al señor Camilo Adolfo Rechene una superficie aproximada de 2500 hectáreas ubicadas en un terreno determinado —en el que se encuentra un cementerio de la comunidad mencionada—, se había tomado razón de la declaratoria de herederos del señor Victorino Pilquiman y se había aprobado la cesión de derechos realizada por dichos herederos a favor del mentado Rechene.

Para concluir de ese modo, el tribunal a quo comenzó por reconocer que, en lo atinente a la fundamentación del recurso de casación interpuesto por la actora, la presentación se estructuraba “bajo tres aspectos”, que enumeró para luego describir: “A) Arbitrariedad en la consideración de extremos dirimientes, B) Indebido apartamiento de normas y principios protectorios de los derechos indígenas y C) Improcedencia de la imposición de las costas al actor”. Con particular referencia al segundo de esos agravios, especificó que la demandante “...citando doctrina que considera de aplicación, desarrolla —lo que a su criterio implica— una errónea interpretación de la Constitución Nacional, de la instrumentación del derecho de participación y de la consulta de las Comunidades Indígenas en Chubut en conjunción con el Convenio 169 de la O.I.T.”

A continuación, consideró que “...ni la técnica recursiva ni la fundamentación empleadas resultaban válidas y suficientes para demostrar que el pronunciamiento de la cámara careciera de razonabilidad, basada sobre todo en la apreciación de los hechos, de la prueba y en la omisión de considerar normas de raigambre constitucional”.

En relación con ello, se limitó a aclarar —por una parte— que el escrito recursivo no resultaba autosuficiente e impedía, en consecuencia, una comprensión cabal del caso; y —por la otra— que “...la fundamentación del motivo casatorio invocado se encuentra integrado con una crítica a la interpretación de la Alzada en el Derecho que aplica, como en el modo de resolver la imposición de costas (fs. 658 in fine/665vta.); pero ello se traduce —sin mayores reparos— en un desacuerdo, en una opinión dispar con la resolución del litigio...”.

Finalmente, señaló —sin más (punto 7)— que no se vislumbraba en la tarea intelectual del fallo cuestionado una errónea valoración de la prueba testimonial con entidad suficiente para configurar absurdo, sino que se mostraba armonizada, interpretada y ratificada con otros medios probatorios que se ocupaba de individualizar conforme a los hechos alegados por las partes.

2º) Que contra esa decisión el representante de la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 707/725, contestado a fs. 729/733 y 739/750 y denegado a fs. 752/756, en el que sostiene que lo resuelto ocasiona una patente violación del derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas, tutelado en el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional y en el Convenio 169 de la OIT.

Afirma que en el sub lite se ha prescindido de examinar el planteo que hizo pie en la omisión de toda actuación estatal destinada a consultar a la familia Pilquiman y a los miembros de la comunidad a la que pertenecen, en lo atinente a la cuestión concerniente a las tierras sobre las que alegan posesión y propiedad comunitarias. Tacha al fallo de inválido a la luz de la doctrina de esta Corte en materia de sentencias arbitrarias, por omitir el tratamiento del agravio principal expuesto en el recurso de casación. En ese sentido, entiende que el fallo apelado incurre en un injustificado rigor formal al criticar el escrito casatorio por insuficiente y falto de fundamentación, cuando de la simple lectura de los antecedentes del caso puede advertirse la claridad del problema constitucional y la naturaleza de los derechos vulnerados, que se fundan directa e inmediatamente en normas constitucionales e internacionales sobre consulta y participación indígena, que fueron invocadas desde la interposición de la demanda y mantenidos en todas las instancias locales.

Frente a esas irregularidades del pronunciamiento, que extiende a lo decidido en materia de costas, sostiene que se encuentran gravemente comprometidos sus derechos al acceso a la jurisdicción y al debido proceso, ocasionándole un agravio actual e irreparable a las mencionadas garantías superiores.

3º) Que los agravios del apelante suscitan cuestión federal para su consideración en la vía intentada pues, si bien las cuestiones relacionadas con la admisibilidad de los recursos locales —por su carácter fáctico y procesal— resultan ajenas a esta instancia de excepción, tal circunstancia no resulta óbice decisivo para la procedencia del recur-

so extraordinario cuando, como en el caso, lo resuelto frustra la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea suficiente, defecto que se traduce en una violación de la garantía del debido proceso tutelada en el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 311:148; 315:2757; 317:1133; 320:193; 325:3360; 327:2649 y 330:3055, entre otros).

4°) Que tal situación es la que se verifica en el sub lite, pues pese a detallar cada uno de los tres agravios formulados por la actora en su recurso de casación, el tribunal a quo se limitó a examinar solo dos de ellos y omitió absolutamente el tratamiento del planteo restante, fundado en la vulneración del derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas, tutelado en el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, así como en el Convenio 169 de la OIT., que había sido apropiadamente introducido con la promoción de la demanda y suficientemente mantenido durante todo el proceso en las dos instancias revisoras, como fundamento principal de la reclamación.

Debido a ello, el examen de los recaudos de admisibilidad de la instancia casatoria local se llevó a cabo con un injustificado rigor formal que concluyó en la arbitraria cancelación de la vía revisora de que se trata, omitiendo con este modo de resolver el tratamiento de la materia constitucional oportunamente articulada, con la consecuente frustración de los derechos comprometidos en dicho planteo y, a la par, con evidente menoscabo de la garantía constitucional de defensa en juicio que asiste al recurrente (art. 15 de la ley 48).

5°) Que, en efecto, esta Corte ha recordado en un pronunciamiento reciente (causa L.232.XLVI “L., S. R. y otra c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia-subsidio de salud/ amparo”, del 10 de diciembre de 2013), que la exigencia de transitar exhaustivamente las instancias ordinarias y extraordinarias provinciales como recaudo de admisibilidad del remedio federal, tiene como presupuesto el reconocimiento ineludible de la aptitud jurisdiccional de los tribunales de todo el país —incluidos obviamente los superiores tribunales de provincia— para considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional (Fallos: 311:358; 327:347 y 331:1178).

Asimismo, subrayó que el adagio que coloca al Tribunal como custodio e intérprete final de la Constitución y de los derechos en ella consagrados, debe ser entendido no solo en cuanto a lo irrevisable de sus

decisiones, sino también en tanto a su carácter de últimas; esto es, que proceden solo luego de ser agotadas todas las instancias, lo cual supone la aptitud jurisdiccional de los tribunales locales para expedirse sobre tales aspectos, previo a su escrutinio en el contexto del remedio federal (Fallos: 311:2478 y 327:347).

6°) Que, en tales condiciones, la omisión por parte del superior tribunal local de todo pronunciamiento sobre los derechos que la recurrente fundó en el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional y en el Convenio N° 169 de la O.I.T. resulta palmaria y constituye un obstáculo para que la Corte Suprema ejerza correctamente su competencia apelada, tal como lo prescribe el criterio antes referido, pues la decisión del caso federal no emana del superior tribunal de la causa. En ese sentido, el respeto cabal del régimen federal de gobierno y de la zona de reserva jurisdiccional de las provincias, impone —por un lado— reconocer a los magistrados de todas las instancias el carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la Constitución Nacional; y, por el otro, exige colocar la intervención apelada de esta Corte en el quicio que ella le ha asignado: ser, como ya se dijo, su intérprete y salvaguarda final.

7°) Que, finalmente, atento al modo en que se resuelve, el agravio referido a la imposición de las costas del proceso ha perdido virtualidad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario con el alcance que surge de los considerandos que anteceden y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por la **Crecencio Pilquiman**, representada por el Dr. **Eduardo R. Hualpa**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut**.

Tribunales intervinientes con anterioridad: **Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, Juzgado de Familia de Puerta Madryn**.

OEHLER, CARLOS A. c/ SECRETARÍA DE TURISMO
Y CULTURA DE LA PROVINCIA DE JUJUY - ESTADO
PROVINCIAL S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

Si el art. 10 de la ley 4444 de la Provincia de Jujuy establece que el “derecho de libre acceso a las fuentes de información pública puede ejercerlo toda persona física o jurídica en la Provincia, sin que sea necesario indicar las razones que lo motivan”, no requiere la demostración de un derecho vulnerado, la configuración del rol de víctima o la prueba de la relación directa e inmediata con los perjuicios que provoca el acto u omisión impugnados, pues exime en forma expresa al demandante de indicar las razones que motivan su pretensión, por lo que la simple calidad de ciudadano que esgrime el actor es una condición apta para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

La sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Claude Reyes” fortalece como estándar internacional la idea de que el derecho al acceso a la información pública corresponde a toda persona, que la legitimación es amplia y se la otorga a la persona como titular del derecho, salvo los casos de restricción, ya que el fundamento central consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 86/89 del expediente 7635 (a cuya foliatura corresponderán las siguientes citas, salvo cuando se mencionen otras actuaciones), el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, al confirmar la sentencia del Tribunal en lo Contencioso Administrativo local (Sala II), desestimó la acción de amparo interpuesta por Carlos A. Oehler contra la Secretaría de Turismo y Cultura de la aludida provincia.

En dicho pronunciamiento se recordó que el actor había iniciado la demanda en su condición de diputado y Presidente de la Comisión de Turismo, Transporte y Comunicaciones de la Cámara de Diputados de la Legislatura de Jujuy, con el objeto de que se condene a la Secretaría demandada para que elabore y envíe a dicho órgano deliberativo los informes que aquél le había requerido.

Para fundar su decisión, el tribunal superior remitió a los fundamentos y conclusiones del Ministerio Público en su dictamen de fs. 73/77.

En tal sentido, creo necesario relatar estos últimos en primer término, habida cuenta de que forman parte integrante del pronunciamiento recurrido.

Al respecto, en el dictamen se opinó que la vía del amparo no era apta para canalizar dicho reclamo, toda vez que el actor por su calidad de diputado, y de acuerdo con lo previsto en los arts. 117 de la Constitución Provincial, 85 y 133 del Reglamento Interno de la Legislatura, contaba con otros procedimientos para instar a la demandada a responder el pedido de informes y ejercer, de ese modo, la función de control a su cargo.

Apoyó tal argumento en que, para la viabilidad del amparo, quedan excluidas no sólo las cuestiones que requieren mayor amplitud de debate y prueba, sino también aquellas en las que existen otros procedimientos judiciales o administrativos mediante los cuales puede procurarse la tutela del derecho cuya reparación se pretende lograr.

Por su parte, el tribunal agregó -a lo expuesto por el Ministerio Público-, (fs. 87 vta.) que el actor solicitó los informes a la demandada en su carácter de "*Presidente de la Comisión de Turismo, Transporte y Comunicaciones de la Cámara de Diputados y que, a tal fin, constituyó domicilio legal en la Honorable Legislatura (ver fs. 4 y 6, primer párrafo, del expediente principal)*" (actuaciones 235.586 del registro del Tribunal en lo Contencioso Administrativo).

Añadió que el propio actor había reconocido que "*el pedido de informes desde la Honorable Legislatura de la Provincia (requería de) un trámite con el aval de la Cámara*", resultando, en consecuencia, sus quejas un esforzado intento por desmerecer el pronunciamiento del a quo, al cual había cuestionado fragmentariamente y sin hacerse cargo de todos sus fundamentos.

Puso énfasis, además, en que la carga de admisibilidad de la acción no se satisface con la mera referencia al derecho genérico de libre acceso a las fuentes de información pública -el cual nadie le

desconoce- sino que debe hacerlo valer por la vía y por la forma que resulta pertinente.

Sostuvo así, que el carácter de diputado invocado no le otorga legitimación activa suficiente ni cabe reconocérsela en virtud de la mera condición de ciudadano, al no ser afectado o titular de un interés jurídico inmediato, propio y concreto que deba ser jurídicamente protegido.

-II-

Contra dicha resolución, el actor dedujo el recurso extraordinario de fs. 93/113, que fue denegado a fs. 125/127. Frente a ello, se presenta directamente en queja ante V.E.

Manifiesta que el *a quo* incurrió en arbitrariedad, toda vez que la sentencia carece de fundamentos, sin haberse atendido todos y cada uno de los agravios planteados y por apartarse de la normativa aplicable al caso.

En síntesis, sus agravios pueden resumirse del siguiente modo: (i) según la interpretación de las leyes provinciales 4444 y 4442 efectuada por el *a quo*, se ha intentado imponerle una *capitis diminutio* por su condición de diputado de la provincia y, a consecuencia de ello, con menos derechos para demandar que a cualquier otro ciudadano; (ii) se omitió considerar que ante los estrados judiciales no se presentó invocando su calidad de ciudadano de manera general y abstracta, sino que alegó y demostró tener un perjuicio concreto, especial, directo, inmediato y sustancial, referido a su denegado derecho a acceder a la información pública, respecto del cual es titular; (iii) se ha efectuado una errónea interpretación del principio de división de funciones propias del régimen constitucional. Explica que, si bien aduce su condición de diputado, en ningún momento intentó arrogarse la representación del órgano legislativo sino que, por el contrario, requirió la información pública haciendo uso de las facultades conferidas por la norma local a “toda persona”; y iv) el tribunal interpreta de forma arbitraria e injusta la ley 4444, ya que, según su entender, el espíritu de la norma es el de garantizar a todo ciudadano el libre acceso a la información del Estado -respetando la división de poderes- pero imponiendo el deber de información y comunicación de sus actos a los poderes públicos.

-III-

En mi opinión, el recurso extraordinario resulta inadmisibles, pues no se dirige contra una sentencia definitiva ni asimilable a tal,

en los términos exigidos por la jurisprudencia de V.E. para habilitar la vía del art. 14 de la ley 48, calidad de la que carecen, en principio, los pronunciamientos que desestiman la acción de amparo y dejan subsistentes otras vías adecuadas para canalizar la pretensión (doctrina de Fallos: 327:2406).

Así lo pienso, porque el superior tribunal provincial desestimó el amparo al considerar que había otros canales igualmente aptos para obtener la información requerida, y arribó a tal conclusión sobre la base de interpretar normas de indudable carácter local (Constitución Provincial, leyes 4444 -de Publicidad de los Actos de Gobierno y de Libre Acceso a la Información del Estado- y 4442 -Acción de Amparo-, además del Reglamento Interno de la Legislatura de la provincia), lo cual tampoco da lugar, en principio, al recurso impetrado (Fallos: 305:112; 324:1721, entre otros).

En efecto, el dictamen del Ministerio Público de la provincia, al que remite el pronunciamiento recurrido, advierte que la acción debe ser desestimada con sustento en la existencia de otras vías excluyentes previstas en los arts. 85 y 133 del Reglamento Interno de la Legislatura y, sustancialmente, en el art. 117 de la Constitución Provincial, según el cual dicho órgano parlamentario *“por el voto de la mayoría de sus miembros, puede llamar a los ministros del Poder Ejecutivo para que den las explicaciones e informes que se les requirieren a cuyo efecto deberá citarlos por lo menos con cinco días de anticipación haciéndoles conocer los puntos e informar”*. En ese sentido, indicó que el actor, como diputado provincial, tenía otros mecanismos para ejercer la función de control que le confiere el ordenamiento jurídico local, por lo cual no era posible hacer lugar a su demanda, toda vez que ello importaría judicializar prematuramente cuestiones sin haberse agotado en forma previa las vías naturales.

Así las cosas, cabe recordar que la Corte ha establecido que en los juicios de amparo resulta particularmente necesario que, al interponerse el recurso extraordinario, el apelante demuestre que el pronunciamiento impugnado tenga carácter definitivo, en el sentido de que el agravio alegado sea de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior, precisamente porque no habría oportunidad en adelante para volver sobre lo resuelto (Fallos: 316:1870).

Sin embargo, en el presente caso el apelante no ha satisfecho el requisito mencionado. En efecto, si bien aduce en su recurso extraordinario que interpuso el amparo en calidad de “ciudadano” surge del examen del expediente -como lo advirtieron los magistrados de todas

las instancias- que en realidad invocó la calidad de “diputado provincial” tanto al entablar dicha acción como al requerir los informes al órgano del Poder Ejecutivo provincial (v. fs. 4 y 9 del expediente 235.586).

En tales condiciones, cabe concluir que el recurrente ha omitido acreditar el agotamiento de los procedimientos disponibles para obtener su pretensión o la falta de oportunidad en el futuro de poder requerir, mediante las vías previstas en la Constitución provincial y en el Reglamento Interno de la Legislatura, los informes en cuestión.

Además, no debe olvidarse que la sentencia recurrida no importa un pronunciamiento contrario a los derechos que invoca el actor, sino sobre la improcedencia formal de la acción instaurada para poner en debate el respeto a esos derechos, y no existe, en consecuencia, a mi modo de ver, gravedad institucional que justifique prescindir del requisito de sentencia definitiva, previsto en el art. 14 de la ley 48.

Sentado ello, no resulta ocioso recordar también, que los agravios que se vinculan con las facultades provinciales, el alcance de su jurisdicción y la forma en que ejercen su ministerio, materia que se encuentra regida por la Constitución y las leyes locales, escapan a la instancia del recurso extraordinario federal, en virtud del respeto debido a las atribuciones de las provincias de darse sus propias instituciones y regirse por ellas (Fallos: 311:100 y 1855, entre muchos otros), sin que, en el *sub lite*, corresponda apartarse de este principio, toda vez que el superior tribunal local ha expuesto suficientes razones de hecho y derecho que, al margen de su acierto o error, acuerdan sustento bastante a su decisión y lo ponen al resguardo de la tacha de arbitrariedad invocada (conf. doctrina de Fallos: 303:862). Ello es así, máxime cuando los agravios del apelante sólo traducen su desacuerdo con el criterio interpretativo adoptado con respecto a normas de derecho público local en aspectos que son extraños al recurso extraordinario (Fallos: 323:643), sin olvido de que dicho remedio no tiene por objeto sustituir a los jueces de la causa en la decisión de cuestiones que le son privativas, ni corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputen de tales (doctrina de Fallos: 312:1859; 313:473, entre otros).

En virtud de lo expuesto, toda vez que el apelante no refutó todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia ni tampoco demostró que en autos concurren las condiciones que permitan obviar el requisito de la sentencia definitiva, dicha circunstancia impide habilitar esta instancia de excepción, más aún, cuando su falta no puede suplirse con la invocación de garantías de orden constitucional supuestamente

violadas, ni con la pretendida existencia de arbitrariedad en el pronunciamiento (Fallos: 316:766; 320:2999; 322:2920).

-IV-

Opino, entonces, que el recurso extraordinario es formalmente inadmisibile y que corresponde desestimar la queja aquí planteada. Buenos Aires, 21 de octubre de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 21 de octubre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Oehler, Carlos A. c/ Secretaría de Turismo y Cultura de la Provincia de Jujuy - Estado Provincial s/ recurso de inconstitucionalidad”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el actor contra la sentencia de la instancia anterior; que había hecho lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el representante de la provincia demandada en autos y, en consecuencia, rechazado la acción de amparo. Ello motivó que el demandante interpusiera el recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja.

2º) Que Carlos A. Oehler promovió la presente acción de amparo con el fin de que el Secretario de Turismo y Cultura de la Provincia de Jujuy le informe si se constituyó el Consejo Provincial de Turismo y el Comité Interinstitucional de Facilitación Turística; que, en caso afirmativo, remita copia certificada de los instrumentos que hubieran dispuesto su constitución; que en el supuesto de que no se hubieran constituido en la forma y plazos establecidos en la ley provincial 5319, informe sobre los motivos que justificarian ese incumplimiento; y finalmente, que manifieste todo otro dato de interés sobre el particular adjuntando la documentación pertinente.

3°) Que la corte provincial, para desestimar el recurso de inconstitucionalidad, expresó —en lo que al caso interesa— que el actor había iniciado la demanda en su carácter de legislador provincial y presidente de la Comisión de Turismo, Transporte y Comunicaciones de la Cámara de Diputados de Jujuy, lo que era inadmisibles por cuanto sólo dicha cámara tenía atribuciones para formular tal requerimiento en la forma prevista en el art. 117 de la Constitución provincial. Advirtió que los jueces no deben exorbitar los límites de sus atribuciones y actuar sustituyendo aquellos mecanismos parlamentarios aptos para resolver la controversia. Por otro lado, señaló que la alegada condición de ciudadano tampoco lo autorizaba a demandar, pues no había demostrado la existencia de un derecho subjetivo o colectivo, o de un interés directo o difuso. Y agregó que no correspondía conferir protección jurisdiccional a quien promueve un juicio con la única aspiración de obtener el restablecimiento de una situación de iure, sin alegar derecho vulnerado, ni rol de víctima.

4°) Que el pronunciamiento impugnado es definitivo a los fines del recurso extraordinario. Irroga al apelante un agravio de imposible o difícil reparación ulterior, puesto que el tribunal no sólo niega que pueda demandar invocando su calidad de legislador provincial —y presidente de la Comisión de Turismo, Transporte y Comunicaciones de la Cámara de Diputados—, sino que también le niega legitimación en su condición de ciudadano, razón ésta que sella la suerte de cualquier otra demanda que el recurrente pudiera promover con el mismo objeto.

5°) Que, además, media en el caso cuestión federal bastante para su examen en la instancia extraordinaria, toda vez que el recurrente plantea que el tribunal falló sobre la base de una interpretación arbitraria de la ley local que regula la publicidad de los actos de gobierno y el libre acceso a la información del Estado; interpretación que objeta como violatoria de garantías reconocidas por la Constitución Nacional y por tratados internacionales de igual jerarquía (conf. art. 14, inc. 3°, de la ley 48 y Fallos: 329:5266).

6°) Que el art. 10 de la ley provincial 4444, invocado por el actor desde el comienzo del pleito, establece que el “derecho de libre acceso a las fuentes de información pública puede ejercerlo toda persona física o jurídica en la Provincia, sin que sea necesario indicar las

razones que lo motivan”. El precepto transcripto, a diferencia de lo expresado en la sentencia, no requiere la demostración de un derecho vulnerado, la configuración del rol de víctima o la prueba de la relación directa e inmediata con los perjuicios que provoca el acto u omisión impugnados, pues exime en forma expresa al demandante de indicar las razones que motivan su pretensión. Por ello, la simple calidad de ciudadano que esgrime el actor es, según el sentido literal de la norma, una condición apta para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción.

7°) Que aun cuando tal precepto admita una inteligencia como la realizada en la sentencia —esto es, que el requirente debe demostrar el perjuicio que la falta de información le provoca—, la interpretación realizada por el tribunal superior del art. 10 de la ley 4444 coloca a dicha previsión en pugna con el derecho de toda persona a solicitar acceso a la información bajo el control del Estado en los términos del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, en la sentencia dictada por esta Corte, el 4 de diciembre de 2012, en la causa “Asociación Derechos Civiles c/ EN —PAMI— (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986” (publicada en Fallos: 335:2393) se destacó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desprendido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención, el derecho al acceso a la información.

Se recordó allí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, fallado el 19 de septiembre de 2006, había señalado “que el art. 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones’, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, el artículo mencionado ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo

para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea” (conf. caso citado, párr. 77).

“En una sociedad democrática —se remarcó en “Claude Reyes”— es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones”, pues el actuar del Estado “debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación de la gestión pública a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso” (párr. 86 de la sentencia aludida).

La sentencia de la Corte Interamericana fortalece como estándar internacional la idea de que este derecho corresponde a toda persona; es decir que la legitimación activa es amplia y se la otorga a la persona como titular del derecho, salvo los casos de restricción. El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan (conf. Fallos: 335:2393, considerando 10, y en sentido concorde al pronunciamiento del Tribunal del 26 de marzo de 2014 en la causa C.830.XLVI. “CIPPEC c/ EN – M° de Desarrollo Social – dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario, y se deja sin efecto la sentencia. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dic-

te un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal, reintégrese el depósito de fs. 2, notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT.

Recurso de hecho deducido por **Carlos A. Oehler**, actor en autos, con el patrocinio letrado de la **Dra. María Fernanda Prack**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy, Sala II**.

ASOCIACION DE EDITORES DE DIARIOS DE BS. AS. (AEDBA)
C/ EN DTO. 746/03 AFIP S/ MEDIDA CAUTELAR

CREDITO FISCAL

Cabe revocar la decisión que hizo lugar al pedido de levantamiento de la medida cautelar mediante la cual se había ordenado al Estado Nacional no innovar- hasta tanto se dicte sentencia en la acción declarativa iniciada -respecto del beneficio que poseían las actoras al amparo del artículo 2° del decreto 746/03- tomar las contribuciones patronales como crédito fiscal en el impuesto al valor agregado-, pues la verosimilitud en el derecho viene dada por la posible afectación de la libertad de expresión, emanada de la presión económica que sufre el sector por las medidas cuestionadas por lo que, el levantamiento de la medida de no innovar podría producir graves daños a las empresas periodísticas que podrían derivar en su quiebra o desaparición y cuyos perjuicios también se harían extensivos a la comunidad toda, por la afectación de la libertad de prensa y del derecho a buscar y recibir información.

CREDITO FISCAL

La derogación del régimen que permitía computar las contribuciones patronales como créditos fiscales bajo la promesa de buscar una solución alternativa a la problemática del sector, la omisión de hacerlo ven-

cido el plazo establecido en el artículo 2° del decreto 746/03, los requerimientos de deuda y la posterior exclusión de un régimen de facilidades de pago que se otorga a todos los sectores de la economía excepto a los medios de prensa involucrados en el juicio- ponen de resalto que se encuentra amenazada la libertad de expresión, ya que la magnitud de los montos involucrados y las graves consecuencias que podrían derivarse de la decisión que se recurre ponen en serio riesgo de desaparición a las empresas del sector, configurando así el requisito de peligro en la demora que justifica el mantenimiento de la medida cautelar de no innovar.

REGULARIZACION IMPOSITIVA

La resolución 3451/2013 dictada por la AFIP, por la cual se instauró un Régimen de Regularización de deudas impositivas que expresamente contempló, en el inciso m) de su artículo 3°, la exclusión de “Las obligaciones impositivas derivadas del vencimiento del plazo establecido por el Artículo 2° del Decreto N° 746 del 28 de marzo de 2003” -discutidas en la causa-, y que esgrime que resultan excluidas “en función a cuestiones estratégicas que hacen a la política fiscal ejecutada por este Organismo”, establece una distinción que excluyó infundada y arbitrariamente a los medios de prensa de la posibilidad que se le otorga al resto de los sectores, erigiéndose en una discriminación ilegítima.

LIBERTAD DE PRENSA

Las empresas periodísticas configuran el ejercicio privado de funciones de interés social y su actividad está dirigida al bien de todos y cada uno de los miembros de la comunidad, por lo que, toda medida proveniente del Estado o de los particulares que no supere el examen de razonabilidad más estricto y que pueda ser interpretada como limitativa del espacio de libertad en el que el sistema democrático exige que se desarrolle la tarea de prensa, debe ser rechazada, toda vez que la protección constitucional debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y sus funciones esenciales.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 275/277, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó el pronunciamiento recurrido e hizo lugar al pedido de levantamiento de la medida cautelar dictada el 30 de octubre de 2003, mediante la cual se había ordenado al Estado Nacional no innovar -hasta tanto se dicte sentencia en la acción declarativa iniciada- respecto del beneficio que poseían las actoras al amparo del art. 2° del decreto 746/03.

Para así decidir, recordó que el art. 52 del decreto 1.387/01 había permitido tomar las contribuciones patronales efectuadas sobre la nómina salarial como crédito fiscal en el impuesto al valor agregado.

Posteriormente, agregó, el decreto 746/2003 derogó este beneficio a partir del 1/4/03, excepto para los prestadores de servicios de radiodifusión de televisión abierta, servicios complementarios de radiodifusión de televisión por cable y satelital, editoras de diarios y revistas, distribuidores representantes de editoriales de esos bienes y empresas de transporte automotor de cargas y de radiodifusión sonora, quienes pudieron hacer uso de la prerrogativa hasta el 31/07/03.

Vencido este último plazo, indicó la Cámara, no surge ni siquiera *prima facie* la verosimilitud del derecho invocado por las actoras para mantener el *statu quo* que emana del decreto 1.378/01 con la prórroga de su similar 746/03, en las condiciones exigidas para la procedencia de las medidas precautorias como la aquí en debate.

Advirtió que la cautelar requerida busca modificar el cumplimiento de una obligación tributaria, sin que se haya intentado demostrar la afectación concreta que ello ocasiona en la situación económica actual de cada uno de sus asociados. En este sentido, negó que la invocación genérica de las razones expuestas en los considerandos del decreto 746/03 sea suficiente para acreditar el necesario peligro en la demora.

Puso también de relieve que del texto del decreto 1.387/01 no surge un derecho subjetivo a la reducción impositiva pretendida por las actoras, pues este reglamento acordó la franquicia con un límite temporal y sujeto al mantenimiento de las condiciones de crisis ponderadas por el Poder Ejecutivo al momento de su dictado. Desde esta perspectiva, subrayó que la magnitud del reclamo fiscal frente

a la capacidad contributiva de cada una de las empresas asociadas excede el marco del conocimiento cautelar y requiere del análisis de circunstancias fácticas y medidas probatorias no compatibles con este tipo de procesos.

Por ello, sobre la base del carácter provisorio de estas medidas y del tiempo transcurrido desde el dictado de la sentencia que había hecho lugar a la pretensión precautoria (más de cinco años), accedió al pedido de levantamiento de la prohibición de innovar.

-II-

Disconforme, las actoras interpusieron el recurso extraordinario de fs. 283/302, concedido a fs. 319 en cuanto se cuestionó el alcance, interpretación y aplicación de normas de carácter federal.

Indicaron, en primer término, que la resolución recurrida es definitiva a los fines del remedio federal, dado que mediante ella se resuelve sobre sumas cuantiosas, correspondientes a los períodos fiscales 2003 a 2008 y desde allí en adelante, las cuales deberán abonar todas las empresas editoras de diarios y revistas, de radiodifusión sonora y de televisión comprendidas en las asociaciones actoras.

Al margen de ello, denunciaron que la cuestión ventilada en autos trasunta un claro supuesto de gravedad institucional, tanto por los elevados montos que deberán ingresar las empresas periodísticas -que coloca al sector en un serio y evidente riesgo de desaparición-, como por la grave afectación definitiva que, como consecuencia de ello, se plasmará en la libertad de prensa en nuestro país.

En cuanto al fondo del asunto, manifestaron que no existen nuevas circunstancias de hecho o de derecho que justifiquen el levantamiento de la medida cautelar dispuesta en autos. En particular, subrayaron que no corresponde que los medios de prensa sean tratados en las mismas condiciones que los otros sectores empresariales, máxime luego de haber computado las contribuciones patronales como crédito fiscal en el IVA durante los últimos cinco años por orden judicial.

Destacaron también la existencia de gravedad institucional en la cuestión aquí debatida pues, a partir del levantamiento de la medida cautelar, el Estado Nacional puede exigir a las empresas agrupadas en las entidades actoras el pago de la deuda tributaria devengada durante la vigencia de la precautoria, lo que llevaría a muchas de estas compañías a su quiebra o desaparición, con grave afectación de la libertad de expresión y de prensa.

A mero título de ejemplo, mencionaron que los diarios del interior -que integran ADIRA- deberían abonar en conjunto \$80.000.000, los canales de televisión abierta -que forman ATA- \$220.000.000, los radios del país -que forman ARPA- \$39.000.000, las revistas aglutinadas en AAER \$20.000.000, La Nación S.A. \$55.000.000, Editorial Perfil \$7.280.000, Clarín \$101.295.203, Ámbito Financiero \$6.047.519, y El Cronista Comercial \$6.059.476,74.

-III-

Ante todo, corresponde examinar si se encuentra habilitada la vía extraordinaria del art. 14 de la ley 48 y, a tal fin, cabe recordar que la resolución apelada debe ser definitiva o equiparable a esa categoría.

En Fallos: 318:814, con remisión a un antiguo precedente registrado en Fallos: 137:352, V.E. ha dicho que “según se ha establecido reiteradamente por esta Corte, tratándose de abrir una tercera instancia, el legislador sólo la autoriza respecto de las sentencias definitivas y por tales se entienden las que dirimen la controversia poniendo fin al pleito, o haciendo imposible su continuación, o sea, como se expresaba en la Ley de Partidas, aquella ‘que quiere tanto decir como juzyo acabado que da en la demanda principal fin, quitando o condenando al demandado’ (Ley 2 in fine, Título 22, Partida 3ra.; Fallos: 126:297, entre otros)”, y es sabido que no revisten aquel carácter las resoluciones referentes a medidas cautelares, inclusive las que disponen la prohibición de innovar (Fallos: 308:2006), sea que las decreten, levanten o modifiquen (conf. doctrina de Fallos: 313:116, con sus citas; 323:2205, entre muchos otros).

Cierto es que dicho principio no es absoluto y cede cuando aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (conf. doctrina de Fallos: 316:1833; 319:2325; 321:2278), o cuando se configure un supuesto de gravedad institucional (Fallos: 323:337).

Pero no menos cierto es, en mi parecer, que en autos no concurren estas circunstancias excepcionales. Nada obsta a que, en el hipotético caso de producirse la exigencia de pago que las actoras esgrimen para sustentar el peligro en la demora, ellas soliciten una nueva protección cautelar sobre la base de los elementos de hecho y de derecho existentes al momento de incoar tal petición, sin que la sentencia aquí recurrida -en cuanto dejó sin efecto la medida ya concedida- pueda ser entendida como un obstáculo insalvable para la concesión de una

nueva precautoria cuyos efectos se extiendan, incluso, a los períodos fiscales aquí involucrados.

Ello es así pues el auto que dispone, modifica o suprime una medida cautelar no tiene fuerza material de cosa juzgada y, no obstante la preclusión de la facultad de impugnarlo, puede ser alterado en cualquier tiempo cuando cambian las circunstancias en las que fue dictado (doctrina del art. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Fallos: 321:3384).

-IV-

En virtud de lo expuesto, opino que el recurso extraordinario deducido es formalmente inadmisibile y fue incorrectamente concedido. Buenos Aires, 15 de marzo de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2014.

Vistos los autos: “Asociación Editores de Diarios de Bs. As. (AED-BA) y otros c/ EN —dto. 746/03— AFIP s/ medida cautelar (autónoma)”.

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó el pronunciamiento recurrido e hizo lugar al pedido de levantamiento de la medida cautelar dictada el 30 de octubre de 2003, mediante la cual se había ordenado al Estado Nacional no innovar —hasta tanto se dicte sentencia en la acción declarativa iniciada— respecto del beneficio que poseían las actoras al amparo del artículo 2º del decreto 746/03.

Para así decidir, recordó que el artículo 52 del decreto 1387/01 había permitido tomar las contribuciones patronales efectuadas sobre la nómina salarial como crédito fiscal en el impuesto al valor agregado. Posteriormente, el decreto 746/03 derogó este beneficio a partir del 1/4/03, excepto para los prestadores de servicios de radiodifusión de televisión abierta, servicios complementarios de radiodifusión de televisión por cable y satelital, editoras de diarios y revistas, distribuidores

representantes de editoriales de esos bienes y empresas de transporte automotor de cargas y de radiodifusión sonora, quienes pudieron hacer uso de la prerrogativa hasta el 31/7/03.

Con sustento en lo resuelto por esa Sala en la causa “Asociación Argentina de Televisión por Cable – Inc. Medida cautelar c/ Estado Nacional Dec. 746/03” —cuyas actuaciones acumuló sobre la base de la unidad de criterio del magistrado frente a situaciones semejantes— señaló que el derecho invocado no revestía prima facie la verosimilitud que requiere para la procedencia de la medida cautelar solicitada y que tampoco se encontraba configurado el peligro en la demora ya que no se había acreditado el agravio económico concreto que se pretendía evitar.

Agregó, con cita de un precedente de la Sala III, que con el dictado de la cautelar se buscaba modificar el cumplimiento de una obligación tributaria, sin que se haya intentado demostrar la afectación concreta que ello ocasiona en la situación económica actual de cada uno de sus asociados. En este sentido, negó que la invocación genérica de las razones expuestas en los considerandos del decreto 746/03 sea suficiente para acreditar el necesario peligro en la demora.

Puso también de relieve que del texto del decreto 1387/01 no surge un derecho subjetivo a la reducción impositiva pretendida por las actoras, pues este reglamento acordó la franquicia con un límite temporal y sujeto al mantenimiento de las condiciones de crisis ponderadas por el Poder Ejecutivo al momento de su dictado. Desde esta perspectiva, subrayó que la magnitud del reclamo fiscal frente a la capacidad contributiva de cada una de las empresas asociadas excede el marco del conocimiento cautelar y requiere del análisis de circunstancias fácticas y medidas probatorias no compatibles con este tipo de procesos.

Por ello, sobre la base del carácter provisorio de estas medidas y del tiempo transcurrido desde el dictado de la sentencia que había hecho lugar a la pretensión precautoria, accedió al pedido de levantamiento de la prohibición de innovar.

2º) Que contra esa decisión, la actoras interpusieron el recurso extraordinario glosado a fs. 283/302, que fue concedido por el a quo a fs. 319 en cuanto se cuestionó el alcance, interpretación y aplicación de normas de carácter federal.

A su vez, respecto de la invocación de la gravedad institucional, resaltó la cámara que, de la cuestión debatida surgiría la existencia de un interés que trasciende —en principio— el de la parte involucrada, de modo que torna procedente el recurso federal interpuesto.

Las recurrentes señalaron, en primer término, que la resolución apelada es definitiva a los fines del remedio federal, dado que mediante ella se resuelve sobre sumas cuantiosas, las cuales deberán abonar todas las empresas editoras de diarios y revistas, de radiodifusión sonora y de televisión, comprendidas en las asociaciones actoras.

A continuación recordaron que, en atención a las circunstancias en que se encontraba el sector de los medios de prensa y a fin de salvaguardar la existencia de las empresas y de las fuentes de trabajo en juego, se dictó un régimen jurídico que les permitía computar el pago de los aportes patronales como crédito fiscal del IVA, con fundamento en la ley 25.414 que autorizaba al PEN a otorgar beneficios promocionales que tuvieran por objeto mejorar la competitividad, lo cual fue prorrogado mediante decretos que mantenían esos beneficios promocionales por las graves razones allí expuestas.

Puntualizaron que el propio artículo 2° del decreto 746/03 exceptuó de la aplicación de esa derogación, hasta el 31 de julio de 2003, a las empresas de servicios nucleadas por las asociaciones aquí actoras, entre otras, y esa excepción se fundó en la “crisis terminal” de esos sectores, en su moderna inclusión como sujetos pasivos —ley 25.063— y en la necesidad de que el Poder Ejecutivo Nacional “pueda estudiar con mayor profundidad la problemática de los mismos a fin de encontrar una solución alternativa”.

Añadieron que el Estado Nacional, con su inactividad, dejó vencer el plazo por él mismo fijado sin haber determinado el régimen aplicable al sector y a cuya elaboración se comprometió luego de reconocer la necesidad de una solución alternativa para la grave crisis que los afectaba.

Destacaron a su vez que, la cuestión ventilada en autos trasunta un claro supuesto de gravedad institucional, tanto por los elevados montos que deberán ingresar las empresas periodísticas —que coloca al sector en un serio y evidente riesgo de desaparición—, como por la grave afectación definitiva que, como consecuencia de ello, se plasmará en la libertad de prensa en nuestro país.

Por otra parte, enfatizaron la existencia de gravedad institucional en la cuestión aquí debatida pues, a partir del levantamiento de la medida cautelar, el Estado Nacional puede exigir a las empresas agrupadas en las entidades actoras el pago de la deuda tributaria devengada durante la vigencia de la medida precautoria, lo que llevaría a muchas de estas compañías a su quiebra o desaparición, con grave afectación de la libertad de expresión y de prensa. En ese sentido, pusieron de relieve que los medios más pequeños, es decir, la gran mayoría, directamente desaparecerán, con lo cual se encuentra en juego la existencia misma de medios de prensa gráficos, televisivos y radiales que por su proyección inmediata sobre la sociedad superan los legítimos intereses de las partes en el proceso.

Por último, subrayaron que no existen nuevas circunstancias de hecho o de derecho que justifiquen el levantamiento de la medida cautelar dispuesta en autos y que el pronunciamiento apelado provocará una situación terminal para todos estos cientos de medios de prensa nucleados en este juicio, causando un agravio de imposible reparación ulterior.

En una presentación posterior, aclararon que el dictado del decreto 1145/09 por el cual se instituyó un régimen de canje de deuda por publicidad estatal, lejos de solucionar la situación planteada implicaba el allanamiento total al reclamo del Fisco, el desistimiento de cualquier acción en trámite y ni siquiera obligaba al Estado Nacional a efectuar la publicidad en cuestión, podía hacerlo o no a su exclusivo arbitrio.

Finalmente, a fs. 1045, denunciaron la exclusión que sufrieron los medios de prensa de la posibilidad de adherirse al “Régimen de Facilidades de Pago” recientemente instituido por la AFIP (resolución 3451/2013), en lo concerniente a las obligaciones derivadas de la cuestión debatida en estas actuaciones. A ello agregaron la discriminación que padecen en la asignación de publicidad oficial por parte del gobierno y el boicot publicitario de supermercados y cadenas de electrodomésticos que fueron constreñidos para que se abstengan de hacer publicidad en los medios de comunicación, con la clara finalidad de provocar asfixia económica y poner en severo riesgo la subsistencia de los medios independientes nucleados en las entidades de prensa aquí actoras.

Por su parte, a fs. 1166/1168, el Estado Nacional informó el dictado del decreto 852/14 que, en similares términos al decreto 1145/09, estableció un régimen de canje de deuda por publicidad estatal.

3º) Que si bien es jurisprudencia de este Tribunal que las resoluciones referentes a medidas cautelares no constituyen sentencia definitiva o equiparable a ésta, a los fines de habilitar la instancia extraordinaria del artículo 14 de la ley 48, esta regla no es absoluta y reconoce excepción cuando la decisión causa un perjuicio que, por su magnitud y por las circunstancias de hecho, resulta de tardía, insuficiente o muy difícil reparación ulterior (Fallos: 308:90; 316:1833; 319:2325; 321:2278; 329:440; 330:5251, entre muchos otros) o cuando se configura un supuesto de gravedad institucional que excede el interés individual de las partes y afecta de manera directa el de la comunidad (confr. Fallos: 307:1994; 323:3075; 327:1603; 328:900).

Sobre tales bases, cobran relevancia las circunstancias que las apelantes aducen como configurativas de gravedad institucional, esto es, el ilegítimo condicionamiento al ejercicio del derecho a la libertad de prensa, la violación del principio constitucional de la igualdad y la vulneración de la garantía de la seguridad jurídica. Respecto de la primera cuestión, señalan que, de no mantenerse la medida cautelar, el Estado podrá ejecutar estas sumas millonarias, lo que conducirá inevitablemente a la quiebra de muchos medios integrantes de AEDBA, afectándose la vigencia de la prensa libre y el derecho de vastos sectores de la población a buscar y recibir informaciones e ideas (confr. arts. 1, 14, 28, 32, 33 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional así como también el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Destacan que numerosos medios periodísticos existentes en el interior del país, medianos y pequeños, se encuentran amparados por la medida cautelar y si se levantase esa tutela judicial con efecto retroactivo sufrirían daños irreparables que pueden llevarlos a la quiebra, con graves consecuencias como la pérdida de fuentes de trabajo y la desaparición de diarios y radios que a la vez son baluartes de la libertad de expresión.

En lo referente a la violación del principio constitucional de la igualdad, remarcan que el sector es sometido a una política fiscal arbitraria, empleada para censurar a la prensa independiente, a través del dictado de medidas discriminatorias. Por último, en cuanto a la vulneración de la garantía de la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima afirman que la omisión del Estado en adoptar la “solución alternativa” comprometida en el decreto 746/03 violenta el principio de seguridad jurídica y desconoce la confianza depositada por los actores del sector en que se contemple

su situación, que la propia Administración había reconocido como perjudicial para su subsistencia.

4°) Que en el sub lite concurren circunstancias excepcionales que permiten asimilar a definitiva la sentencia recurrida puesto que se encuentra en riesgo la subsistencia de distintos medios de comunicación nacionales y locales de la República y lo resuelto causa un perjuicio irreparable, que excede el interés individual de las partes y atañe a la comunidad en general, en razón de su aptitud para afectar la libertad de expresión.

Refuerzan estas circunstancias los hechos sobrevinientes a la concesión del recurso —denunciados por la actora en el escrito obrante a fs. 523/526— que motivaron el dictado de la resolución de fs. 530 por la cual se hizo saber a la Administración Federal de Ingresos Públicos que la medida cautelar dispuesta en los presentes autos por el juzgado de primera instancia continuaría en vigor hasta tanto esta Corte se expida sobre el recurso extraordinario planteado por la actora.

En aquella presentación, AEDBA informó que, luego de la interposición del recurso extraordinario, numerosos medios gráficos, radiales y televisivos de todo el país recibieron requerimientos e intimaciones de pago en las que se solicitaba que regularizaran su situación fiscal e ingresaran los importes correspondientes al pago de los aportes previsionales computados como créditos fiscales para la liquidación del IVA. En ese escenario, advertía la actora, se encontraba seriamente afectada la prensa de todo el interior del país, ya que al no poder afrontar los requerimientos caerían en estado de insolvencia y desaparecerían.

Posteriormente, en el escrito obrante a fs. 631, las actoras denunciaron el incumplimiento por parte de la AFIP de la resolución judicial dictada por esta Corte a fs. 530, señalando que el Organismo Fiscal había realizado requerimientos, intimaciones y predeterminaciones a distintas empresas y entidades periodísticas. A fs. 678 agregaron que el Fisco había requerido una inhibición general de bienes contra LA NACION en el marco de una medida cautelar promovida ante la Justicia Federal de Ejecuciones Fiscales Tributarias, en concepto de IVA por periodos ulteriores al año 2003. A fin de acreditar los hechos denunciados acompañaron la documentación respaldatoria.

En atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas, este Tribunal convocó a una audiencia conciliatoria en los términos del artículo 2°, punto II, de la acordada 30/2007, que se celebró el 3 de octubre de 2012 y en la cual se dispuso convocar a una nueva audiencia en el plazo de 60 días, en el que las entidades actoras y las autoridades nacionales mantendrían conversaciones para arribar a una solución.

A fin de alcanzar una solución y sin reconocer la legitimidad de la pretensión fiscal, en el marco de las audiencias conciliatorias celebradas, las actoras formularon una propuesta de acuerdo, la cual motivó que el Estado Nacional peticionase, sobre la base de un “supuesto” reconocimiento, que se declare abstracta la medida cautelar. A fs. 1025/1039 vta. las accionantes solicitaron el rechazo del pedido formulado y acusaron a la AFIP de mala fe procesal.

Bajo esas condiciones, en la nueva audiencia llevada a cabo el 5 de junio de 2013, luego de oídas las partes y tras un intercambio de ideas, se dio por finalizado el acto, sin concretarse un acuerdo.

5°) Que, por otra parte, el recurso resulta formalmente admisible ya que se encuentra controvertido el alcance, interpretación y aplicación de normas de naturaleza federal —decreto 746/03— y la decisión del tribunal superior de la causa ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Asimismo, cabe recordar que en la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas federales, esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 307:1457 y 315:1492, entre muchos otros).

6°) Que, en primer término, corresponde señalar que la medida de no innovar dictada en autos se encontraba firme al momento en que el Estado Nacional solicitó su levantamiento, con lo cual, lo que el a quo debió analizar es si se configuraban los extremos previstos en el artículo 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación —variación de las circunstancias— para proceder a su levantamiento y no el acierto o error de una decisión judicial no recurrida oportunamente.

En efecto, el mencionado artículo establece que “Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento”. Sobre esta base, el juez de primera instancia había desestimado el pedido de levantamiento de la medida.

El fallo apelado prescinde de examinar si se ha modificado la situación de hecho que resultó determinante para su dictado y se introduce en el examen de los requisitos para el otorgamiento de las medidas cautelares afirmando, en ese sentido, que el derecho invocado no resulta verosímil y que no se acreditó el agravio económico que se pretende evitar, cuestiones éstas que ya habían sido resueltas en la sentencia por la cual se decretó la medida y que, por el principio de preclusión de los actos procesales, no podían ventilarse nuevamente en el proceso, a excepción de un cambio de circunstancias. El a quo revoca la sentencia sobre la base de lo resuelto en otro caso similar cuyas actuaciones ordenó acumular.

7°) Que corresponde entonces analizar si las circunstancias han variado, esto es, si se han dictado nuevas normas que contemplen la situación de las actoras o si los antecedentes de hecho invocados se vieron modificados. Reiteradamente ha sostenido este Tribunal que sus fallos deben atender a las circunstancias existentes al momento de ser dictados, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 310:819; 324:3948; 328:3142, entre muchos otros).

En este sentido, es dable afirmar que, a la fecha, no se ha encontrado una solución que atienda en forma global a la crisis del sector. En este orden de ideas, cabe destacar que si bien es cierto que el artículo 1° de la ley 26.982 introdujo modificaciones a la Ley de Impuesto al Valor Agregado y estableció una alícuota diferencial para gravar a las ventas, locaciones y las importaciones de diarios, revistas y publicaciones periódicas, no lo es menos que estos beneficios no alcanzarían a los medios gráficos de mayor envergadura que, a diferencia de los favorecidos por la norma, continuarían en la misma situación tributaria que la que se encontraban al momento de promover la presente demanda.

8°) Que, por otra parte, tampoco puede dejar de señalarse que en el curso del año 2013 la AFIP dictó la resolución 3451/2013, por la cual se ins-

tauró un Régimen de Regularización de deudas impositivas que expresamente contempló, en el inciso m) de su artículo 3º, la exclusión de “Las obligaciones impositivas derivadas del vencimiento del plazo establecido por el Artículo 2º del Decreto N° 746 del 28 de marzo de 2003”, esto es, las aquí discutidas. Como toda justificación, en un párrafo de sus considerandos, se esgrime que resultan excluidas “en función a cuestiones estratégicas que hacen a la política fiscal ejecutada por este Organismo”.

Como ha señalado esta Corte en numerosos precedentes, la garantía consagrada por el artículo 16 de la Constitución Nacional, en lo que a materia tributaria se refiere, no importa otra cosa que impedir distinciones arbitrarias, inspiradas en un propósito manifiesto de hostilidad contra determinadas personas o clases (Fallos: 132:402; 147:402; 150:419, entre muchos otros), agregando que, el alto propósito que domina este principio, es el derecho de todos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (Fallos: 151:359).

9º) Que a la luz de estos principios, deviene irrazonable y violatorio de ellos, un régimen que persigue “instrumentar medidas contracíclicas conducentes al desarrollo estructural de las empresas, a la generación de empleo, al mantenimiento de las fuentes de trabajo” y, a renglón seguido, impide su adhesión a los medios de comunicación por las obligaciones que en este juicio se discuten, fundamentando esta distinción en razones de “política fiscal”.

La “política fiscal” no puede ser utilizada como un instrumento para excluir a un grupo de los beneficios que se otorgan a todos los demás sectores de la economía y de ese modo indirecto afectar la libertad de expresión. La ausencia de razonabilidad de la exclusión se hace evidente si se la conjuga con el fin que persigue el plan de facilidades en cuestión, esto es, el desarrollo de las empresas, la generación de empleo y el mantenimiento de fuentes de trabajo.

10) Que, en este mismo orden de ideas, la “Declaración Hemisférica sobre Libertad de Expresión”, dada en Chapultepec el 11 de marzo de 1994, señaló que las políticas arancelarias y cambiarias, las licencias para la importación de papel o equipo periodístico, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión y la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas (confr. Principio 7).

También la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Americana de Derechos Humanos en el año 2000, sostiene que “El Estado debe abstenerse de utilizar su poder y los recursos de la hacienda pública con el objetivo de castigar, premiar o privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de su línea informativa...” (confr. Principio 13).

De acuerdo con estos instrumentos, y conforme lo ha señalado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en su documento interpretativo de los principios enunciados en la Declaración, los Estados no deben utilizar la aplicación de normas tributarias y de gravámenes como medio de presión directa o indirecta dirigida a silenciar la labor informativa de los comunicadores (confr. pto. 56 de los Antecedentes e interpretación de la declaración de principios).

11) Que, por ello, han de tomarse en consideración los agravios constitucionales introducidos por la afectada a fs. 1045, en cuanto afirman que tal exclusión resulta discriminatoria e implica una violación a la libertad de prensa.

Corresponde remarcar aquí que este Tribunal ha establecido que la garantía constitucional de la igualdad no se propone erigir una regla férrea en materia impositiva, sino impedir que se establezcan distinciones, con el fin de hostilizar o favorecer arbitrariamente a determinadas personas o clases, como lo es si se hacen depender de diferencias de color, raza o nacionalidad, religión, opinión política u otras consideraciones que no tengan relación posible con los deberes de los ciudadanos como contribuyentes (Fallos: 138:313).

En tales condiciones, cabe concluir que la distinción establecida en la resolución AFIP 3451/13 excluyó infundada y arbitrariamente a los medios de prensa de la posibilidad que se le otorga al resto de los sectores, erigiéndose en una discriminación ilegítima.

12) Que tampoco puede desatenderse el contexto en que estas medidas han sido dictadas y la particular situación de las empresas periodísticas, por la considerable afectación que podría resultar para la esencial función que ese tipo de empresas desempeñan en una sociedad democrática, en tanto colaboran en la difusión libre de ideas. Como advirtió este Tribunal en otros precedentes no solo debe evitar

el gobierno acciones intencional o exclusivamente orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa, sino también aquellas que llegan a idéntico resultado de manera indirecta. Los actos indirectos son, en particular, aquellos que se valen de medios económicos para limitar la expresión de las ideas (Fallos: 330:3908 y 334:109).

En el mismo orden de ideas, esta Corte ha resaltado la influencia del factor económico en la prensa actual, ya que “Los medios materiales y técnicos, las redes de información, la ampliación de la tirada, la difusión nacional y hasta internacional de algunos medios, la publicidad y propaganda, etc., han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas” (Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert).

En un pronunciamiento de fecha reciente ha sido aún más contundente al sostener que “La función de garante de la libertad de expresión que le corresponde al Estado queda desvirtuada si por la vía de subsidios, del reparto de la pauta oficial o de cualquier otro beneficio, los medios de comunicación se convierten en meros instrumentos de apoyo a una corriente política determinada o en una vía para eliminar el disenso y el debate plural de ideas (causa G.439.XLIX. “Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa”, sentencia del 29 de octubre de 2013).

En igual sentido, este Tribunal ha enfatizado que “las empresas periodísticas configuran el ejercicio privado de funciones de interés social y su actividad está dirigida al bien de todos y cada uno de los miembros de la comunidad. De allí que, toda medida proveniente del Estado o de los particulares que no supere el examen de razonabilidad más estricto y que pueda ser interpretada como limitativa del espacio de libertad en el que el sistema democrático exige que se desarrolle la tarea de prensa, debe ser rechazada. Esto es así, toda vez que la protección constitucional debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y sus funciones esenciales” (Fallos: 316:2845).

Como se desprende del trámite dado a estas actuaciones y de las audiencias convocadas, esta Corte ha realizado notorios esfuerzos para permitir que las partes lleguen a una solución que ponga fin al pleito.

13) Que las circunstancias reseñadas —la derogación del régimen que permitía computar las contribuciones patronales como créditos fiscales bajo la promesa de buscar una solución alternativa a la problemática del sector; la omisión de hacerlo vencido el plazo establecido en el artículo 2° del decreto 746/03, los requerimientos de deuda y la posterior exclusión de un régimen de facilidades de pago que se otorga a todos los sectores de la economía excepto a los medios de prensa involucrados en este juicio— ponen de resalto que se encuentra amenazada la libertad de expresión.

Desde esta perspectiva, la verosimilitud en el derecho viene dada entonces por la posible afectación de este derecho, emanada de la presión económica que sufre el sector por las medidas cuestionadas y, en este punto, es dable remarcar, que el levantamiento de la medida de no innovar podría producir graves daños a las empresas periodísticas que podrían derivar en su quiebra o desaparición y cuyos perjuicios también se harían extensivos a la comunidad toda, por la afectación de la libertad de prensa y del derecho a buscar y recibir información.

14) Que, asimismo, la magnitud de los montos involucrados en esta causa y las graves consecuencias que podrían derivarse de la decisión que se recurre ponen en serio riesgo de desaparición a las empresas del sector, configurando así el requisito de peligro en la demora que justifica el mantenimiento de la medida cautelar.

15) Que, por otra parte, si bien es jurisprudencia pacífica de esta Corte que nadie tiene derecho al mantenimiento de un régimen normativo, no puede desconocerse que estas circunstancias fueron reconocidas en los propios considerandos del decreto 746/03, el cual hizo expresa mención a la crisis terminal que atravesaban los medios de comunicación “producto de la marcada baja de la actividad productiva y de un fuerte incremento en la presión tributaria, la cual fuera mitigada por diversas medidas fiscales transitorias y que al vencimiento de las mismas se tornará imposible la continuidad empresarial”, estimándose oportuno “exceptuar a dichos sectores, por un plazo mínimo y acotado, de la medida que se adopta por el presente decreto, de manera tal que el PEN pueda estudiar con mayor profundidad la problemática de los mismos a fin de encontrar una solución alternativa”.

Sobre esta base cobra valor lo argüido por la recurrente en cuanto a que esta circunstancia descartaba, por principio, la aplicación del régimen general y tornaba verosímil suponer que se avanzaría en la búsqueda de esa solución alternativa.

16) Que lo dicho no importa adelantar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión ya que la acción principal persigue que se declare el derecho de las entidades actoras a contar con un régimen diferencial del IVA en virtud del compromiso asumido por el Estado Nacional al dictar el decreto 746/2003, en tanto la cautelar en examen apunta a mantener la vigencia de la excepción hasta que aquella solución sea alcanzada.

17) Que sin perjuicio de ello, corresponde declarar —dentro del marco propio de la medida cautelar— que no debe considerarse en mora a las entidades actoras que hayan cumplido con sus obligaciones fiscales con los alcances concedidos por aquella medida. Ello por cuanto, las particulares circunstancias determinan que resulte aplicable al sub judice la doctrina sentada en Fallos: 304:203; 323:1315 y 333:1817.

18) Que, por último, se considera conveniente requerir a la magistrada de primera instancia que arbitre los medios necesarios para resolver de forma urgente la cuestión de fondo.

En virtud de lo expuesto en los considerandos que anteceden, corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento apelado.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)— CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA ELENA I. HIGHTON
DE NOLASCO

Considerando:

Que el recurso extraordinario deducido contra la resolución de fs. 275/277 vta. –mediante la cual la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la decisión de la anterior instancia y, en consecuencia, levantó la medida cautelar dictada el 30 de octubre de 2003 (fs. 106/108)- no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48), lo que determina la improcedencia del mencionado recurso según conocida jurisprudencia de esta Corte.

Sin perjuicio de ello, cabe poner de relieve que la resolución apelada ante esta Corte en el caso en examen (fs. 275/277), únicamente levantó la providencia cautelar decretada en el presente incidente, es decir, la mencionada en el párrafo que antecede. En consecuencia, la decisión que se adopta mediante este pronunciamiento no implica juicio alguno de la Corte respecto de la protección cautelar que eventualmente pudiera asistir a la actora en la causa principal en lo relacionado con los intereses u otros accesorios devengados durante la vigencia de aquélla.

Por ello, de conformidad, en lo pertinente, con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se desestima el recurso extraordinario, con los alcances que resultan de la presente. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Asociación de Editores de Diarios de Buenos Aires (AEDBA)**, representada por el **Dr. Máximo Fonrouge**; la **Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas (ATA)**, representada por el **Dr. Carlos Fontan Balestra**; la **Asociación Argentina de Editores de Revistas (AAER)**, representada por el **Dr. Luis A. Moretti**; la **Asociación de Radiodifusoras Privadas Argentinas (ARPA)**, representada por el **Dr. Edmundo Rébora**; la **Asociación de Diarios del Interior de la República Argentina (ADIRA)**, representada por el **Dr. Luis A. Díaz**, todas con el patrocinio de los **Dres. Juan Carlos Cassagne y Ezequiel Cassagne**.

Traslado contestado por el **Estado Nacional- Ministerio de Economía y Finanzas Públicas-** representado por el **Dr. Carlos María Guaragnone**, con el patrocinio del **Dr. Bruno Gabriel Toia**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 4, Sec. n° 7.**

ENCINAS, NELIDA MARIA c/ YPF SA Y OTRO S/ OTROS
RECLAMOS

CONSOLIDACION DE DEUDAS

La decisión que, al revocar la sentencia de primera instancia, dispuso que el crédito de la actora sea cancelado con bonos cuarta serie 2% rechazando la pretensión del Estado Nacional de cancelarlo con bonos sexta serie del art. 66 de la ley 25.827, prescindió de lo dispuesto por expresas normas de orden público (resolución 42/2006 -reiterada por la resolución 15/2010 respecto de los bonos de la ley 26.546- que dispuso sustituir el texto de la resolución 378/2004 del Ministerio de Economía y prescribió que debía considerarse “la fecha de la sentencia definitiva o del acto administrativo en su caso), ya que únicamente con la sentencia de la Corte del 28 de mayo de 2002, confirmatoria de la de cámara, se produjo en forma definitiva el reconocimiento del crédito de la actora.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 694 de los autos principales (foliatura a la que me referiré en adelante), la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, dispuso que el crédito del actor se cancele con bonos de consolidación cuarta serie 2% (decreto 1873/02). Para decidir de este modo, consideró que el reconocimiento judicial de la obligación se produjo antes del 31 de diciembre de 2001 con el dictado de la sentencia de segunda instancia y no con el pronunciamiento confirmatorio de la Corte Suprema, posterior a esa fecha.

-II-

Disconforme con esta decisión, el Estado Nacional -demandado en autos- interpuso el recurso extraordinario de fs. 701/710 que, denegado, dio origen a la presente queja.

En lo sustancial, aduce que, según lo dispuesto por el art. 64 de la ley 25.827 y la resolución 378/04, corresponde que las acreencias de autos se cancelen con bonos de consolidación sexta serie, pues la sentencia definitiva que reconoció el crédito fue dictada el 28 de mayo de 2002, es decir con posterioridad al 31 de diciembre de 2001, fecha que determina el tipo de título a entregar.

-III-

Elevadas las actuaciones principales a la Corte Suprema tras la interposición de la queja, se dio traslado a las partes a fin de que se expidan con respecto a lo establecido por los arts. 59 y 60 de la ley 26.546.

La demandada destaca que dichas normas, como así también la resolución 15/10 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, disponen la cancelación de obligaciones estatales como la de autos mediante la entrega de bonos de consolidación octava serie, aspecto que resulta ajeno a la voluntad de los acreedores.

Por su parte, la actora expresa que, si bien no cuestionó la constitucionalidad de la ley 25.344 ni su decreto reglamentario, ni del art. 64 de la ley 25.827, en caso de cumplirse con lo dispuesto por la ley 26.546 de presupuesto para el ejercicio 2010, quedaría “atrapada por una nueva arbitrariedad cometida por el P.E.N.”, pues para recibir los bonos séptima serie se requiere que el expediente administrativo hubiera ingresado a la Oficina Nacional de Crédito Público antes del 31 de diciembre de 2009. Añade que esta condición resulta arbitraria en tanto depende de la actividad de los encargados del trámite de pago, quienes estaban obligados a cumplir el procedimiento y los plazos fijados por los arts. 30, 31 y 32, anexo IV, del decreto 1116/00 y no lo hicieron.

Asimismo, plantea la inconstitucionalidad de los arts. 64 de la ley 25.827 y 59 y 60 de la ley 26.546, con fundamento en que disponen la emisión de dos nuevas series de bonos cuyos plazos de cancelación se extienden más allá de los dieciséis años que fijaron las leyes 23.982 y 25.344, pretendiendo así transformar la emergencia pública declarada en una situación perpetua.

-IV-

Considero que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues, si bien es, un principio asentado que las decisiones adoptadas en la etapa de ejecución no configuran la sentencia definitiva requerida por el art. 14 de la ley 48, ello admite excepciones cuando lo decidido pone fin a la discusión y causa un gravamen de imposible reparación ulterior (Fallos: 323:3909 y sus citas), extremo que, en mi concepto, se verifica en autos toda vez que el apelante no tiene otra oportunidad para replantear sus agravios (cfr. arg. Fallos: 319:1101; 324:826). Por otra parte, se halla en juego la aplicación e interpretación de normas de carácter federal y la decisión del tribunal ha sido contraria a los derechos que invoca el recurrente.

-V-

Ante todo, cabe recordar que la consolidación de las obligaciones alcanzadas por el art. 13 de la ley 25.344 opera de pleno derecho después del reconocimiento firme de la deuda, en sede judicial o administrativa. Como consecuencia de ello, se produce -en ese momento- la novación de la obligación original y de cualquiera de sus accesorios, por lo que sólo subsisten para el acreedor los derechos derivados de la consolidación que la misma ley establece: exigir el pago en efectivo en los plazos fijados por ella o la entrega de los bonos que correspondan (Fallos: 322:1421; 327:4749, entre otros). Tal circunstancia impone que el interesado se someta a las disposiciones de la ley y a los mecanismos administrativos previstos en ella y su reglamentación a fin de percibir los créditos que les son reconocidos (Fallos: 317:739).

Asimismo, los arts. 64, segundo párrafo, y 66 inc. b, de la ley 25.827 de presupuesto para el ejercicio 2004 establecieron los bonos de consolidación que deben entregarse para cancelar las obligaciones teniendo en cuenta la fecha en que opera el reconocimiento en sede judicial o administrativa, según si es anterior o posterior al 31 de diciembre de 2001.

Con el objeto de precisar el alcance de lo establecido por el art. 64 mencionado, la resolución 378/04 del Ministerio de Economía estableció que “A los fines del reconocimiento en sede judicial o administrativa a que se refiere el artículo 64 de la ley 25.987... se considerará la fecha en que el mismo quedó firme” (art. 4º). El texto de este precepto fue sustituido por el art. 1º de la resolución 42/06 y así quedó redactado: “A los fines del reconocimiento en sede judicial o administrativa a que se refiere el artículo 51 de la Ley 25.967 de Presupuesto de la Adminis-

tración Nacional para el Ejercicio 2005, se considerará la fecha de la sentencia definitiva o del acto administrativo en su caso”.

Habida cuenta de ello, entiendo que la decisión apelada, al disponer el pago de los créditos con bonos cuarta serie 2% en la inteligencia de que el crédito fue reconocido por la sentencia de segunda instancia aun cuando adquirió firmeza con posterioridad al 31 de diciembre de 2001, prescinde de lo establecido por expresas normas de orden público que regulan la cancelación de las deudas estatales.

Por otra parte, en cuanto al planteo de inconstitucionalidad formulado por la actora en oportunidad de contestar el traslado conferido ante la sanción de la ley de presupuesto 26.546 (v. fs. 39/45 del cuaderno de queja), considero que es preciso que los jueces de la causa se pronuncien al respecto a fin de que V.E. pueda ejercer en el caso la atribución más delicada de las funciones que le han sido encomendadas.

En efecto, la actora entiende que resulta arbitrario establecer condiciones vinculadas a la fecha del reconocimiento judicial y a la fecha en que el expediente debe ingresar a la Oficina Nacional de Crédito Público, pues ello depende de la actividad de los funcionarios y empleados encargados del trámite de pago. Añade que cuando se sancionaron las normas que cuestiona ya no existía una situación de emergencia como la que imperaba entre 2000 y 2002 y que justificó el dictado de las leyes 25.344 y 25.561. Asimismo, destaca que los bonos creados por las leyes 25.827 y 26.546 no tienen las condiciones intrínsecas necesarias en cuanto al precio de mercado para que se considere que el crédito ha sido satisfecho según las pautas que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

A mi modo de ver, el tenor de los argumentos expuestos por la parte interesada y fundados en la Constitución Nacional requiere un debate previo acerca de la extensión y gravedad de la emergencia, su alcance temporal y sustancial y, en particular, si las modalidades que en el caso concreto asume la cancelación de los créditos se compatibilizan con los requisitos a que está subordinada la constitucionalidad de la legislación de emergencia, así como su incidencia sobre el patrimonio de los particulares. En virtud de ello, entiendo que resulta menester el examen de tales cuestiones por los jueces de la causa, que no se han expedido con respecto a los títulos creados por la ley 25.827 (sexta serie) por el modo en que se resolvieron los planteos formulados por las partes, ni en cuanto a los títulos previstos por la ley de presupuesto para el ejercicio 2010 (séptima y octava series) por haberse sancionado con posterioridad a la sentencia apelada.

-VI-

Opino, por tanto, que corresponde hacer lugar a la queja interpuesta y revocar la sentencia apelada en cuanto dispone que los créditos de autos deben ser cancelados mediante los bonos de consolidación previstos por el decreto 1873/02. Buenos Aires, 15 de marzo de 2011.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional en la causa Encinas, Nérida María c/ YPF SA y otro s/ otros reclamos”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al revocar la sentencia de primera instancia, dispuso que el crédito de la actora sea cancelado con bonos cuarta serie 2%. Contra tal pronunciamiento, el Estado Nacional dedujo recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que para así resolver, el a quo consideró que el reconocimiento judicial de la obligación se produjo antes del 31 de diciembre de 2001, con el dictado de la sentencia de segunda instancia, por lo que —de conformidad con el art. 64 de la ley 25.827— debía cancelarse con los bonos de consolidación mencionados. De este modo, rechazó la pretensión del Estado Nacional de situar dicho reconocimiento en el pronunciamiento confirmatorio de esta Corte, posterior a dicha fecha, y, en consecuencia, de cancelar el crédito con los bonos sexta serie del art. 66 de la ley 25.827.

3º) Que si bien las decisiones dictadas en la etapa de ejecución no revisten el carácter de definitivas a los fines del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a dicha regla cuando lo resuelto causa al apelante un gravamen de insusceptible reparación ulterior (Fallos: 317:1071; 322:1201; 324:826).

4º) Que el recurso extraordinario es admisible pues se encuentra en tela de juicio el alcance de normas federales y el pronunciamiento dictado por el superior tribunal de la causa ha sido contrario al derecho que la recurrente fundó en ellas.

5º) Que el art. 64 de la ley 25.827 —y en términos análogos el art. 51 de la ley 25.967— estableció que las obligaciones consolidadas por las leyes 23.982 y 25.344 serán canceladas con bonos cuarta serie 2% del decreto 1873/2002 o con los bonos sexta serie del art. 66, según que la fecha de su reconocimiento —en sede judicial o administrativa— sea anterior o posterior al 31 de diciembre de 2001. El art. 57 de la ley 26.728, por su parte, reiteró la previsión pero respecto de los bonos séptima y octava serie del art. 60 de la ley 26.546, que remplazaron a aquéllos.

6º) Que el Ministerio de Economía —en su carácter de autoridad de aplicación del régimen de consolidación y en ejercicio de las atribuciones conferidas por los arts. 36 del decreto 2140/91 y 34 del anexo IV del decreto 1116/2000— precisó mediante la resolución 378/2004 que a los fines del reconocimiento en sede judicial o administrativa “se considerará la fecha en que el mismo quedó firme”. Y mediante resolución 42/2006 —reiterada por la resolución 15/2010 respecto de los bonos de la ley 26.546— dispuso sustituir el texto mencionado, prescribiendo que debía considerarse “la fecha de la sentencia definitiva o del acto administrativo en su caso”.

7º) Que, en las condiciones expuestas, no cabe sino concluir que la decisión impugnada prescindió de lo dispuesto

por expresas normas de orden público toda vez que únicamente con la sentencia de esta Corte del 28 de mayo de 2002, confirmatoria de la de cámara, se produjo en forma definitiva el reconocimiento del crédito de la actora.

8º) Que, por su parte, las objeciones de la actora vinculadas con la validez constitucional de los bonos de consolidación previstos en el art. 60 de la ley 26.546 y las alegaciones sustentadas en el valor bursátil de las distintas series de bonos, remiten al examen de las cuestiones resueltas por el Tribunal en las causas “Carlos, Jorge y otros c/ LS 83 TV Canal 9” (Fallos: 335:1053), y L.322.XLVI “Llevara, Walter Abraham c/ Empresa Ferrocarril General Belgrano”, el 29 de octubre de 2013, a cuyas conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

9º) Que por análogas razones a las expuestas por esta Corte en el considerando 11 del precedente citado en último término y contra lo argüido por la actora, no resulta arbitraria ni vulnera el principio de igualdad la previsión legal que distingue el tipo de bono con el que se cancelará la obligación consolidada según la fecha en que se haya producido el ingreso del trámite de pago a la Oficina Nacional de Crédito Público del Ministerio de Economía de la Nación (art. 59 de la ley 26.546).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Reintégrese el depósito de fs. 26. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por el Estado Nacional, representado por el Dr. Carlos Adrián Díaz.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 32.

MONTEAGUDO BARRO, ROBERTO JOSÉ CONSTANTINO
c/ BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA s/
REINCORPORACIÓN

DESPIDO

Cabe confirmar la sentencia hizo lugar a la pretensión del actor tendiente a que se declarase nulo el despido del cual fue objeto, se ordenara la reinstalación en su puesto de trabajo y se le abonaran los salarios caídos y otros conceptos salariales e indemnizatorios, pues la decisión impugnada, más allá de contar con un fundamento jurídico diverso al postulado en la demanda, guarda total correspondencia con el petitorio

inicial ya que satisface el requerimiento sustancial del actor; es decir, su pretensión de ser reincorporado en el cargo que ocupó o en uno de similar jerarquía, por lo que no se constata transgresión alguna a la directiva que veda a los tribunales fallar extra petita.

DESPIDO

Cabe confirmar la sentencia hizo lugar a la pretensión del actor tendiente a que se declarase nulo el despido del cual fue objeto, se ordenara la reinstalación en su puesto de trabajo y se le abonaran los salarios caídos y otros conceptos salariales e indemnizatorios, pues no se advierte que los jueces de las instancias precedentes hayan quebrantado el marco de sus atribuciones y deberes toda vez que, en ejercicio de las facultades que les son propias, han arribado a un resultado valioso y debidamente fundado tras un adecuado examen del material fáctico y su pertinente encuadre en las disposiciones jurídicas que mejor tutelaban la pretensión del demandante.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El principio de congruencia impone a los jueces y tribunales decidir de conformidad con los hechos y pretensiones deducidas (arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 6° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), limitación infranqueable en el terreno fáctico (congruencia objetiva), pero que no rige en el plano jurídico donde la fundamentación en derecho o la calificación jurídica efectuada por los litigantes no resulta vinculante para el juez a quien, en todos los casos, le corresponde “decir el derecho” (*iuris dictio* ó jurisdicción) de conformidad con la atribución *iura curia novit*.

JUECES

Los jueces -en el cumplimiento de su misión constitucional de conocer y decidir las causas contenciosas-art. 116 de la Carta Fundamental- tienen el deber de examinar autónomamente los hechos controvertidos para poder encuadrarlos en las disposiciones jurídicas que apropiadamente los rigen, y el ejercicio prudencial de tal atribución no configura una alteración del principio de congruencia y, por consiguiente, no importa un agravio constitucional.

DESPIDO

Cabe revocar la sentencia hizo lugar a la pretensión del actor tendiente a que se declarase nulo el despido del cual fue objeto, se ordenara la reinstalación en su puesto de trabajo y se le abonaran los salarios caídos y otros conceptos salariales e indemnizatorios, pues al resolver como lo hizo, el a quo soslayó el límite del principio de congruencia erigido en defensa del derecho de propiedad y de la defensa en juicio, ya que en ningún momento el actor demandó la nulidad del despido con sustento en su supuesto carácter discriminatorio, y en esas condiciones, la decisión de autos -al alterar las bases fácticas del litigio- revela falta de toda congruencia con los términos de la demanda, de tal forma que -lejos de suplir una omisión del litigante en la calificación jurídica- vino a modificar la pretensión originariamente deducida con mengua del derecho de defensa del demandado, quien por esa vía se vio privado tanto de la oportunidad de controvertir esta nueva imputación, como de ofrecer y producir la prueba conducente a esos fines.

-Disidencia del juez Ricardo L. Lorenzetti y de la juez Elena I. Highton de Nolato.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2014.

Vistos los autos: “Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c/ Banco Central de la República Argentina s/ reincorporación”.

Considerando:

1º) Que la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó, en lo principal, la sentencia dictada en primera instancia que había hecho lugar a la pretensión del actor tendiente a que se declarase nulo el despido del cual fue objeto, se ordenara la reinstalación en su puesto de trabajo y se le abonaran los salarios caídos y otros conceptos salariales e indemnizatorios. Contra tal pronunciamiento el Banco Central de la República Argentina dedujo el recurso ordinario de apelación de fs. 570/578, que fue concedido a fs. 600. El memorial de agravios fue presentado a fs. 604/626 y respondido por la contraparte a fs. 632/669.

2°) Que la apelación resulta formalmente admisible porque se dirige contra una sentencia definitiva, dictada en una causa en la cual, dada la naturaleza de la institución recurrente, la Nación es indirectamente parte (Fallos: 328:645 y 329:5198, entre muchos) y porque el valor disputado en último término, sin sus accesorios, supera el mínimo establecido en el art. 24, inc. 6°, apartado a, del decreto-ley 1285/58 y la resolución de esta Corte 1360/91.

3°) Que se desprende de las constancias de autos que el actor ingresó al Banco Central el 9 de diciembre de 1993 como Subgerente de Relaciones Públicas y Prensa. A partir de 1996 fue adscripto sucesivamente a diversas reparticiones estatales retornando a su cargo en febrero de 2001. En enero de 2005 fue removido lo cual, según alegó en su demanda, le produjo un disgusto que derivó en una internación psiquiátrica. En el mes de abril pudo reincorporarse y fue adscripto al Consejo Federal de Inversiones. Tras su retorno al Banco, en julio de 2006, le asignaron funciones en la Subgerencia General de Recursos Humanos. Afirma en su presentación liminar que a partir de allí comenzó a ser objeto “de un injustificado maltrato laboral” traducido en “inmerecidos ultrajes” que determinaron daños en su salud física y psíquica, situación que prosiguió hasta el 29 de enero de 2007 en que se le notificó el despido sin causa.

Cabe señalar que, al demandar, el actor planteó la inconstitucionalidad del art. 18 del Estatuto para el Personal del Banco Central de la República Argentina que autoriza a la entidad a “dar por terminados los servicios del personal despidiéndolo sin invocación de causa” mediante el pago de las indemnizaciones previstas en la Ley de Contrato de Trabajo calculadas sobre la base de la antigüedad registrada en el Banco. La petición se sustentó en que tal disposición transgrede la garantía de la estabilidad en el empleo público consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, interpretada con los alcances de la jurisprudencia de este Tribunal (caso “Madorrán”; Fallos: 330:1989).

4°) Que la señora jueza de primera instancia consideró que los hechos alegados y probados encuadraban en el supuesto de despido discriminatorio por lo que, por aplicación de la regla *iura curia novit*, el caso debía ser resuelto a la luz de la ley 23.592, que determina la nulidad de ese tipo de medidas. En razón de ello, dado el carácter más general de esta norma, estimó innecesario tratar el planteo de inconstitucionalidad de la pauta estatutaria en la que se basó la cesantía del actor.

5°) Que, a su turno, el tribunal de alzada –en lo que interesa– confirmó la decisión de grado por entender que había quedado demostrado en autos que la medida rescisoria había sido parte de una serie de actos o prácticas discriminatorias, persecutorias y que vulneraron la dignidad de la persona del demandante.

6°) Que la recurrente sostiene que en el caso se ha vulnerado su derecho de defensa porque los tribunales intervinientes modificaron el marco jurídico de la acción alterando el principio de congruencia lo que le impidió esgrimir argumentos defensivos adecuados y producir la pertinente prueba.

7°) Que, dados los términos del debate, es pertinente señalar que el principio de congruencia impone a los jueces y tribunales decidir de conformidad con los hechos y pretensiones deducidas (arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 6° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Tal limitación sin embargo, infranqueable en el terreno fáctico (congruencia objetiva), no rige en el plano jurídico donde la fundamentación en derecho o la calificación jurídica efectuada por los litigantes no resulta vinculante para el juez a quien, en todos los casos, le corresponde “decir el derecho” (*iuris dictio* ó jurisdicción) de conformidad con la atribución *iura curia novit*.

Cabe recordar que, conforme lo ha puntualizado este Tribunal en reiteradas ocasiones, el mencionado principio *iuria curia novit* faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes (causas “Alegre de Ortiz”, (Fallos: 333:828; “Calas”, Fallos: 329:4372).

8°) Que es en virtud de lo expuesto que los jueces –en el cumplimiento de su misión constitucional de conocer y decidir las causas contenciosas; art. 116 de la Carta Fundamental– tienen el deber de examinar autónomamente los hechos controvertidos para poder encuadrarlos en las disposiciones jurídicas que apropiadamente los rigen (causas “Chiappe”, (Fallos: 326:3050); y “Galera”; Fallos: 329:3517). El ejercicio prudencial de tal atribución, por lo tanto, no configura una alteración del principio de congruencia y, por consiguiente, no importa un agravio constitucional (caso “Peralta”, Fallos: 329:1787). En ningún caso, el nomen *iuris* utilizado por el demandante ata al juez quien está

constitucional y legalmente investido de imperium para declarar cuál es el derecho aplicable (cfr. doctrina de Fallos: 327:3010). No está demás hacer presente que es función de los jueces la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se les presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso (cfr. doctrina de Fallos: 315:158, 992 y 1209, entre otros). Tal cometido, por lo demás, debe ser armonizado con la necesidad de acordar primacía a la verdad objetiva, considerada como una exigencia propia del adecuado servicio de la justicia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional y que impide el ocultamiento o la desnaturalización de la realidad mediante la utilización de ropajes jurídicos inapropiados (“Bodegas y Viñedos Saint Remy”, Fallos: 279:239).

9º) Que no se advierte que, en este caso, los jueces de las instancias precedentes hayan quebrantado el marco de atribuciones y deberes descripto precedentemente toda vez que, en ejercicio de las facultades que les son propias, han arribado a un resultado valioso y debidamente fundado tras un adecuado examen del material fáctico y su pertinente encuadre en las disposiciones jurídicas que mejor tutelaban la pretensión del demandante. Obsérvese, en tal sentido, que el a quo puso especial énfasis en que la defensa de la entidad enjuiciada se había sustentado esencialmente en que la cesantía del actor se debió a la implementación de una reestructuración en el área en la cual se desempeñaba, situación que, finalmente, no logró acreditar. Por el contrario, entendió que si fueron probados (especialmente mediante la prueba testifical) los extremos alegados en la demanda, demostrativos del injustificado maltrato laboral y de los innecesarios ultrajes que quedaron en evidencia con la adopción por parte del banco empleador de diversas medidas de segregación que concluyeron con la resolución de cesantía (cfr. fs. 563/564). Es conveniente poner de relieve que, a efectos de sopesar el valor de la prueba producida a instancia de cada una de las partes, la cámara se sujetó a los criterios sobre tal materia establecidos por este Tribunal en el precedente “Pellicori” (Fallos: 334:1387).

10) Que es necesario advertir, finalmente, que la decisión impugnada, más allá de contar con un fundamento jurídico diverso al postulado en la demanda –lo cual ha quedado plenamente justificado en los considerandos precedentes–, guarda total correspondencia con el petitorio inicial ya que satisface el requerimiento sustancial del actor, es decir, su pretensión de ser reincorporado en el cargo que ocupó o

en uno de similar jerarquía. De ahí que no se constate transgresión alguna a la directiva que veda a los tribunales fallar extra petita.

En las condiciones indicadas, la sentencia recurrida debe ser confirmada.

Por ello, se declara formalmente procedente el recurso ordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia*)— ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)— CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS
LORENZETTI Y DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I.
HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

1º) Que la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó sustancialmente la sentencia dictada en la instancia de grado que había admitido la demanda incoada por el actor, declarando la nulidad del despido del que fuera objeto y condenando al pago de las sumas también reclamadas. Contra este pronunciamiento, el demandado interpuso el recurso ordinario de apelación que fue concedido, fundado y respondido por su contraria (cfr. fs. 570/578, 600, 604/626 y 632/669).

2º) Que el recurso es formalmente admisible en la medida en que se trata de una sentencia definitiva, recaída en una causa en la que la Nación Argentina es parte –indirectamente– en atención al carácter de la entidad recurrente (cfr. Fallos: 319:2129; 321:641 y 332:51) y en la que el valor disputado en último término, sin sus accesorios, supera el mínimo previsto en el art. 24, inc. 6º, ap. a) del decreto ley 1285/58 y la resolución de esta Corte 1360/91.

3º) Que en las presentes actuaciones el actor había promovido una demanda contra el Banco Central de la República Argentina, reclamando su reincorporación al cargo de Subgerente de Relaciones Institucionales –o un cargo de similar jerarquía conforme a la categoría de Subgerente Departamental de 1ª- que ostentaba al momento de su despido, además del cobro de los salarios caídos y de la bonificación anual -hasta el momento en que se hiciese efectiva su reinstalación en dicho cargo- con más sus intereses y costas. Reclamó, asimismo, el pago de la suma de \$ 40.000 en concepto de daño moral, o la mayor que se determinase judicialmente.

Para fundar este reclamo, el demandante planteó la inconstitucionalidad del art. 18 del Estatuto para el Personal del Banco Central de la República Argentina, conforme al cual la institución puede “dar por terminados los servicios del personal despidiéndolo sin invocación de causa”. Para tal supuesto, el ordenamiento citado prevé que “el agente que cese en su empleo tendrá derecho al cobro de las indemnizaciones previstas en la Ley de Contrato de Trabajo, a cuyo efecto sólo se computará la antigüedad registrada en este Banco Central”. Según el actor, la normativa cuestionada vulnera la garantía de la estabilidad del empleado público establecida por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, según la interpretación efectuada por esta Corte en el precedente “Madorrán” (Fallos: 330:1989), sentencia del 3 de mayo de 2007, de la que se transcriben varios párrafos (cfr. escrito de demanda, punto IV, fs. 8/9 vta.)

4º) Que en su pronunciamiento, la jueza de grado –tras examinar la prueba producida- concluyó que estaba en presencia de un despido discriminatorio, que la eximía de discurrir acerca de la validez del art. 18 antes citado. Ello pues, a su entender, por encima del Estatuto y sus previsiones, se encontraba “una norma de carácter más general, que es la ley 23.592, que impide despidos de esta especie, a los que considera nulos” (fs. 498) y que sería de aplicación para la solución del presente conforme al principio *iura curia novit*. En mérito a este encuadre legal, dispuso declarar la nulidad el acto discriminatorio, retro trayendo el estado de cosas al momento anterior a su configuración.

Por su parte, la alzada convalidó el referido proceder de la juez de grado, en cuanto tuvo por acreditado en el caso un despido discriminatorio de acuerdo con los parámetros de la ley 23.592 y demás dispo-

siones constitucionales e internacionales aplicables, prescindiendo del encuadre legal que había efectuado el actor en su escrito de inicio (cfr. fs. 558/560).

5º) Que, en su memorial, en primer término el recurrente se agravia de los decisorios cuestionados, por cuanto de ellos se deriva una violación de su derecho de defensa ya que, al modificarse el marco de la acción entablada por el actor, se le impidió a su parte esgrimir una defensa adecuada y producir la prueba atinente a una imputación que no fuera formulada por el demandante. Afirma que lo resuelto en este sentido no responde al ejercicio normal del iura curia novit, configurándose un exceso de facultades judiciales por violación del principio de congruencia.

6º) Que asiste razón al apelante en este planteo liminar. En este sentido cabe destacar que, según ha expresado reiteradamente este Tribunal, los jueces –en el cumplimiento de su misión constitucional de discurrir los conflictos litigiosos- tienen el deber de examinar autónomamente la realidad fáctica subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen. Esta atribución, por ser propia y privativa de la función jurisdiccional, lleva a prescindir de los fundamentos y calificaciones normativas que postulen las partes, aun cuando concordaren en ellos; pero dicha facultad encuentra su límite en el respeto al principio de congruencia, de raigambre constitucional, en cuanto invalida todo pronunciamiento que altere la causa petendi o introduzca planteos o defensas no esgrimidas por las partes (cfr. Fallos: 313:915; 322:2525; 324:1234; 329:349, 4372 y 3517).

7º) Que, al resolver como lo hizo, el a quo soslayó este preciso límite, erigido en defensa del derecho de propiedad y de la defensa en juicio, ello pues en ningún momento el actor demandó la nulidad del despido con sustento en su supuesto carácter discriminatorio. En esas condiciones, las decisiones de autos –al alterar las bases fácticas del litigio- se revela falta de toda congruencia con los términos de la demanda, de tal forma que –lejos de suplir una omisión del litigante en la calificación jurídica- vino a modificar la pretensión originariamente deducida con mengua del derecho de defensa del demandado (cfr. “Sorba”, Fallos: 327:2471), quien por esa vía se vio privado tanto de la oportunidad de controvertir esta nueva imputación, como de ofrecer y producir la prueba conducente a esos fines.

8º) Que la indefensión resultante de esta transformación del objeto litigioso se pone en evidencia cuando se advierte que la alzada examinó el material probatorio aportado a la causa poniendo en cabeza del demandado –a quien reprochó una práctica nunca alegada por la contraria- la carga de probar que su accionar “tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación” (cfr. fs. 562), y arribó a la solución que se impugna en función de esta pauta de interpretación (fs. 563) sin advertir que la institución demandada se había visto privada de ofrecer y producir las pruebas conducentes para exonerar la responsabilidad atribuida por el órgano jurisdiccional. En mérito a ello, corresponde revocar la sentencia apelada.

9º) Que a ello debe circunscribirse el pronunciamiento de la Corte en supuestos como el sub lite, toda vez que así lo exige el resguardo de la competencia constitucional asignada a este Tribunal y la garantía de la defensa en juicio (cfr. “Sandler”, Fallos: 318:2228, disidencia del juez Fayt-considerandos 7º al 16-; causas V.600.XL “Vaggi, Orestes Juan c/ Tanque Argentino Mediano Sociedad del Estado TAMSE s/ cobro de pesos”, sentencia del 13 de mayo de 2008 y, más recientemente, en “Finocchietti”, Fallos: 334:1172, considerando 2º; y “Patria Cía. de Seguros Generales S.A. en liquidación c/ INDER s/ reaseguros”, Fallos: 335:2137, considerando 14), correspondiendo el reenvío al tribunal de origen a los fines de que, por quien corresponda, se pronuncie sobre la cuestión litigiosa con arreglo a lo aquí resuelto.

Por ello, se hace lugar al recurso ordinario interpuesto por la demandada y se revoca la sentencia apelada con los alcances señalados en la presente. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

MOYANO NORES, JOSÉ MANUEL c/ EN - AFIP
s/ AMPARO LEY 16.986

REGIMEN CAMBIARIO

Cabe declarar inoficioso pronunciarse en el recurso interpuesto contra la sentencia que rechazó la acción de amparo entablada contra la AFIP y el BCRA y denegó al actor la autorización para adquirir dólares estadounidenses con el fin de cancelar las obligaciones emergentes de mutuos hipotecarios, pues la normativa vigente -Comunicación "A" 5526 BCRA y Resolución Gral 3583 de la AFIP-, han tornado abstracta la cuestión debatida, en las condiciones en las que han sido planteadas por el accionante y resueltas en las instancias de grado.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia, que, a su turno, había rechazado la acción de amparo entablada por el señor Moyano Nores contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante, "AFIP") y el Banco Central de la República Argentina (en adelante, "BCRA"), y, en consecuencia, había denegado al actor la autorización para adquirir dólares estadounidenses con el fin de cancelar obligaciones emergentes de mutuos hipotecarios (fs. 208/213 de los autos principales, a los que me referiré de ahora en más, salvo aclaración en contrario).

Para así decidir, el *a quo* relató que la AFIP implementó, a través de las resoluciones 3210/11 y 3212/11, un sistema informático de consulta y registración de operaciones de venta de moneda extranjera. Luego, apuntó que el BCRA, mediante las comunicaciones "A" 5239, 5318 y 5330, dispuso que las entidades cambiarias deben utilizar ese régimen informático, previó la consecuencia de la falta de validación de las operaciones por parte de ese sistema fiscal, e introdujo regulaciones en el mercado cambiario con relación a la adquisición de moneda extranjera con fines de atesoramiento.

El tribunal señaló que en ese marco una entidad cambiaría -el Banco de la Ciudad de Buenos Aires- denegó al actor la compra de moneda extranjera en los términos de las resoluciones 3210/11 y 3112/11 y de la comunicación "A" 5239. Expuso que ante esa circunstancia el accionante no agotó las vías previstas por las resoluciones dictadas por la autoridad fiscal para demostrar que disponía de capacidad económica para realizar la operación. Consideró que la existencia de una vía alternativa obsta a la procedencia de la acción de amparo.

Por otro lado, adujo que el actor no probó la existencia de un daño de gravedad tal que sólo pueda ser eficazmente reparado a través de la acción entablada. Al respecto, puntualizó que no demostró que no pudo cumplir sus obligaciones de acuerdo con las cláusulas contractuales previstas en los mutuos hipotecarios. Enfatizó que el actor previó contractualmente el cumplimiento de sus obligaciones en moneda de curso legal frente a la imposibilidad, por cualquier razón que no le sea imputable, de entregar moneda extranjera. Agregó que el accionante no acreditó que el acreedor lo haya intimado a cumplir sus obligaciones o haya promovido ejecución en su contra.

Finalmente, con relación al planteo de inconstitucionalidad de las citadas resoluciones de la AFIP y de las comunicaciones del BCRA, sostuvo que la declaración de invalidez constitucional de una norma es la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional, lo que -en opinión del tribunal- no sucede en el caso.

-II-

Contra esa decisión, el actor dedujo recurso extraordinario (fs. 216/236), que fue denegado (fs. 268), lo que motivó la presente queja (fs. 57/61 del cuaderno respectivo).

En lo sustancial, el actor plantea la inconstitucionalidad de las disposiciones dictadas por la AFIP -resoluciones 3210/11, 3212/11 y concordantes- y por el BCRA -comunicaciones "A" 5239, 5318 y 5330-, que le impiden adquirir moneda extranjera a fin de cumplir sus obligaciones contractuales.

Por un lado, sostiene que la AFIP y el BCRA no tienen facultades para impedir, prohibir u obstaculizar la compraventa de moneda extranjera. Manifiesta que se trata de una facultad del Congreso de la Nación prevista en el artículo 75, inciso 11, de la Constitución Nacional, que no fue delegada a esos organismos ni podría haberlo sido. Puntua-

liza que las normas impugnadas tampoco fueron dictadas en ejercicio de facultades reglamentarias en tanto el Congreso de la Nación no estableció una política legislativa que requiera reglamentación y que se dirija a prohibir la compraventa de moneda extranjera. Agrega que las normas de emergencia -la ley 25.561 y los decretos 71/02 y 260/02- autorizaron al Poder Ejecutivo Nacional a regular el mercado de cambios, pero no a prohibir las operaciones de cambio. Por último, aduce que los artículos 617 y 619 del Código Civil permiten la celebración de contratos en moneda extranjera.

Por otro lado, se agravia de que las regulaciones impugnadas afectan su derecho de propiedad, a ejercer el comercio, a la igualdad y a la autonomía personal, que se encuentran amparados por los artículos 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional, y en los tratados internacionales. Argumenta que las causales para permitir o restringir la compra de moneda extranjera que establecen las normas impugnadas implican una discriminación en su contra.

A su vez, el actor tacha de arbitraria la sentencia. Sostiene que la acción de amparo es admisible en tanto la falta de cumplimiento de los mutuos hipotecarios puede causar la pérdida de su vivienda. Afirma que la cuestión debatida es de puro derecho, por lo que no requiere mayor debate o prueba. Sostiene que la decisión recurrida valoró erradamente los contratos acompañados en tanto de ellos no surge la posibilidad de cumplir sus obligaciones en pesos argentinos.

Finalmente, asevera que el dictado por parte de la AFIP y del BCRA de las disposiciones normativas cuestionadas implicó la comisión de delitos penales, y se agravia de que los fiscales actuantes en las instancias anteriores hayan omitido efectuar las denuncias pertinentes.

-III-

La resolución impugnada, aun cuando fue dictada en el marco de una acción de amparo, reviste el carácter de sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48, toda vez que es susceptible de provocar un agravio de imposible o tardía reparación ulterior (“Asamblea Parque Pereyra Iraola y otros /c Poder Ejecutivo Nacional y otros /s amparo”, S.C. A. 577, L. XLVIII, sentencia del 24 de septiembre de 2013, entre muchos otros). En el *sub lite*, el tribunal no se limitó a rechazar formalmente la acción de amparo, sino que también se expidió sobre las inconstitucionalidades planteadas (cf. “Federación Argentina de Colegios de Abogados”, S.C. F. 75, L. XLIV, sentencia del 10 de abril de 2012, dictamen del Procurador General de la Nación, Sección

III, al que se remitió la Corte Suprema). Ello, sumado a la trascendencia institucional de las cuestiones debatidas (Fallos: 307:1994) y a que el accionante invoca que su derecho a la vivienda podría ser puesto en riesgo en el caso de tener que reeditar el conflicto a través de las vías ordinarias (Fallos: 329:4741; 330:5201; 335:794), permite otorgar carácter definitivo a la sentencia recurrida.

Además, en el recurso extraordinario bajo estudio se cuestionan la inteligencia y aplicación de normas federales -resoluciones de la AFIP y del BCRA-, así como del derecho de propiedad, a ejercer el comercio, a la igualdad y a la autonomía personal consagrados en los artículos 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional. La decisión del tribunal superior de la causa es contraria al derecho que el actor funda en dichas cláusulas (artículo 14, incisos 1 y 3, de la ley 48).

-IV-

En el presente caso, se encuentra controvertida la constitucionalidad de las resoluciones 3210/11 y 3212/11 y concordantes dictadas por la AFIP, y de las comunicaciones "A" 5239, 5318 y 5330 dictadas por el BCRA, en cuanto le impiden al actor acceder, sin la conformidad previa del BCRA, al mercado local de cambios para adquirir dólares estadounidenses a fin de ser aplicados al cumplimiento de sus obligaciones emergentes de mutuos hipotecarios. En lo sustancial, el recurrente plantea que los citados organismos no tienen facultades para dictar las mencionadas disposiciones, y que esas regulaciones constituyen una violación a sus derechos constitucionales de propiedad, a ejercer el comercio, a la igualdad y a la autonomía personal.

A los efectos de analizar la controversia planteada, así como su actualidad, estimo útil repasar el marco regulatorio cuestionado y los hechos comprobados de la causa.

-V-

El 28 de octubre de 2011, la AFIP dictó la resolución 3212/11, por la cual implementó el Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias con el fin de controlar el cumplimiento de las obligaciones impositivas, y prevenir la evasión fiscal y el lavado de dinero. Ese programa informático consiste en un sistema de consulta y registro, a los fines fiscales, que todas las entidades cambiarias deben utilizar en las operaciones de venta de moneda extranjera, cualquiera sea su finalidad o destino (artículos 1 y 2). A través de él, las entidades cambiarias informan la identificación tributaria del potencial adquirente, el tipo de moneda a

adquirir y su destino, y el importe en pesos de la operación y el tipo de cambio aplicado (artículo 5). Ante ello, el sistema realiza, en tiempo real, una evaluación fiscal y económico-financiera del potencial adquirente para concretar la operación, e informa si, a los fines fiscales, la operación resulta “validada” o “con inconsistencias” (artículo 6).

Además, el programa prevé que el adquirente puede efectuar, en forma previa, la consulta pertinente y, ante la respuesta “con inconsistencias”, puede consultar los motivos ante la dependencia de la AFIP en la que se encuentre inscripto (artículos 3 y 7). Luego, la resolución 3212/11 puntualiza que, si el motivo de la inconsistencia es “insuficiente capacidad económico financiera”, el contribuyente puede regularizar su situación, y acreditar el origen y la cuantía de los fondos a utilizar en la operación cambiaria (artículo 2).

El mismo 28 de octubre de 2011, el BCRA dictó la comunicación “A” 5239. A través de ella dispuso que las entidades cambiarias deben consultar y registrar las operaciones de venta de moneda extranjera a través del Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias, implementado por la AFIP. A su vez, ordenó que la validación fiscal es un recaudo necesario para el perfeccionamiento de ciertas operaciones, a saber, las realizadas sin la obligación de una aplicación posterior específica, en los términos del punto 4 del Anexo de la comunicación “A” 5236.

En el mes de mayo de 2012, el señor Moyano Notes se presentó ante una entidad cambiaria a los efectos de adquirir dólares estadounidenses (fs. 2/5 y 7/22). El actor declaró que el destino de la moneda extranjera sería la cancelación de obligaciones emergentes de dos contratos de mutuo. La entidad respectiva denegó la realización de la operación cambiaria en los términos de la comunicación “A” 5239, dado que el Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias informó que la operación no resultó validada a los fines fiscales. Ello motivó que el actor realizara una presentación ante la dependencia fiscal, quien reiteró que, de acuerdo a la documentación aportada, la capacidad económica-financiera del contribuyente era insuficiente para concertar la adquisición de moneda extranjera solicitada (fs. 21). Ante esa circunstancia, el señor Moyano Notes promovió la presente acción de amparo contra la AFIP a los efectos de que se declare la inconstitucionalidad de las normas descriptas y se lo autorice a adquirir dólares estadounidenses.

Con posterioridad, el 5 de julio de 2012 y el 26 de julio de 2012, el BCRA dictó las comunicaciones “A” 5318 y 5330, que modificaron ciertas regulaciones para el acceso al mercado de cambios para la com-

pra de moneda extranjera. Ante esas modificaciones, la AFIP dictó la resolución 3356/12, por la que se adecuó al nuevo marco regulatorio, y derogó las resoluciones 3210/2011 y 3212/2011. Sin embargo, mantuvo el Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias creado por el artículo 1 de la resolución 3210/2011 (artículo 8, resolución 3356/2012). Finalmente, a través de la resolución 3421 del 20 de diciembre de 2012 unificó y sistematizó ese régimen de información y registración con el resto de los sistemas de esa especie correspondientes a la actividad financiera. En suma, el Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias se encuentra vigente y las entidades cambiarias deben utilizarlo en las operaciones de venta de moneda extranjera, en todas sus modalidades y cualquiera sea su finalidad o destino. Sin embargo, la determinación de los supuestos en los que la falta de validación del sistema fiscal configura un obstáculo para el perfeccionamiento de la operación cambiaria es regulada por la normativa del BCRA.

Por su parte, el aquí actor amplió la demanda (fs. 91/3), y petición que se citara al BCRA como demandado -lo que fue favorablemente acogido- y que se declarara la inconstitucionalidad de las comunicaciones “A” 5318 y 5330, que le impiden adquirir moneda extranjera, sin la conformidad previa del BCRA, en supuestos distintos y en condiciones diversas a las previstas en la normativa impugnada.

A los efectos de comprender el contenido de las disposiciones aquí cuestionadas, cabe recordar, brevemente y en lo pertinente, las regulaciones cambiarias vigentes a ese entonces. De hecho, las comunicaciones “A” 5318 y 5330 vinieron a integrarse en un régimen que reglamenta, cuantitativa y cualitativamente, el acceso al mercado local de cambios y, en particular, los fines a los que son aplicadas las divisas extranjeras. Concretamente, las comunicaciones impugnadas modifican ciertas disposiciones de la comunicación “A” 5236, que sistematizó las diversas comunicaciones vigentes sobre el acceso al mercado cambiario.

La comunicación “A” 5236 está estructurada sobre el principio general de acuerdo al cual se requiere la conformidad previa del BCRA para la realización de operaciones cambiarias, salvo los casos expresamente previstos y en las condiciones allí establecidas. Con relación a esas autorizaciones previstas, la comunicación “A” 5236 regula, en primer término, la compra de moneda extranjera para su aplicación a destinos específicos en activos locales (punto 2 del Anexo). Por ejemplo, se prevé la adquisición de moneda extranjera, sin límite de monto, para la suscripción de títulos públicos emitidos por el Gobierno Nacional en esa moneda (punto 2.1 del Anexo), y la adquisición de moneda

extranjera, sin límite de monto, por parte de las empresas públicas para depositar en cuentas destinadas a garantizar el pago de importaciones (punto 2.4 del Anexo). En segundo término, la comunicación prevé la compra de divisas para la formación de activos externos para su posterior aplicación a destinos específicos. En este sentido, dispone que las personas jurídicas residentes pueden acceder al mercado local de cambios para constituir depósitos en el exterior para su posterior aplicación al pago de deudas con acreedores externos, al pago de importaciones, al pago de utilidades y dividendos, y a la realización de inversiones directas en el exterior. Al respecto, dispone que mientras que los montos destinados a las importaciones de bienes no tienen, en principio, límite; los restantes destinos tienen limitaciones específicas (puntos 3.1.2.1, 3.1.2.2., 3.1.2.3. y 3.1.2.4. del Anexo).

Finalmente, en lo que aquí interesa, la comunicación “A” 5236 prevé el acceso al mercado de cambios para la formación de activos externos sin la obligación de una aplicación posterior específica. Ello es comúnmente denominado adquisición de moneda extranjera con fines de atesoramiento. Las condiciones y, en particular, los montos de acceso al mercado cambiario a esos fines han ido variando constantemente. Al respecto, el punto 4.2 del Anexo de la comunicación “A” 5236 establece que las personas físicas y jurídicas residentes pueden adquirir, sin la conformidad previa del BCRA, hasta un total de U\$S 2.000.000 en el mes calendario con destino a la tenencia de billetes extranjeros en el país, donaciones, inversiones inmobiliarias en el exterior, préstamos otorgados a no residentes, aportes de inversiones directas en el exterior, inversiones de portafolio y otras en el exterior (punto 4.2.1. del Anexo). Se especifica que, cuando el monto adquirido a lo largo del año supera la cifra de U\$S 250.000, las entidades cambiarias deben efectuar un control de la situación fiscal y comercial del adquirente, y deben guardar la documentación de respaldo pertinente a disposición del BCRA (punto 4.2.3. del Anexo).

El 5 de julio de 2012, el BCRA dictó la comunicación “A” 5318, que suspendió la vigencia de las normas contenidas en el punto 4.2 del Anexo de la comunicación “A” 5236, que prevén el acceso al mercado local de cambios, sin la conformidad previa del BCRA, con fines de atesoramiento.

De este modo, los sujetos interesados en adquirir moneda extranjera en supuestos y en condiciones distintas a las expresamente previstas en el marco regulatorio deben peticionar la conformidad del BCRA. Tal como se expondrá más extensamente al analizar la razonabilidad de esa disposición, el fin perseguido es, frente a un contexto de

severa crisis internacional, atender en forma prioritaria los usos de las divisas extranjeras que estén vinculados a la satisfacción de intereses generales de la población, esto es, pagar las importaciones de bienes y servicios, cancelar los intereses y las amortizaciones de la deuda pública y privada, y acumular reservas internacionales que permitan sostener el esquema de flotación administrada del tipo de cambio.

Además, la comunicación "A" 5318 modificó las regulaciones existentes relativas a los egresos de moneda extranjera, y mantuvo el requisito de la validación del Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias, implementado por la AFIP, a los efectos del perfeccionamiento de compra de moneda extranjera en concepto de turismo y viajes (punto 3.3.). A su vez, la comunicación "A" 5318 modificó el punto 3 de la comunicación "A" 5326 relativo a la adquisición de moneda extranjera para su aplicación a fines específicos. En ese sentido, dispuso que las personas físicas pueden adquirir, hasta el 31 de octubre de 2012, moneda extranjera para la cancelación de créditos hipotecarios a largo plazo, otorgados por entidades financieras, para la compra de vivienda. Sin embargo, ese supuesto no es aplicable al aquí actor en tanto los mutuos acompañados no fueron otorgados por entidades financieras ni fueron destinados a la adquisición de su vivienda.

Con posterioridad, la comunicación "A" 5318 fue modificada por la comunicación "A" 5330, entre otras. Esa disposición mantuvo la suspensión de la adquisición de moneda extranjera, sin la conformidad previa del BCRA, con fines de atesoramiento. Además, modificó las normas del punto 3 del Anexo de la comunicación "A" 5236 y admitió la compra de moneda extranjera para su aplicación a destinos específicos por parte de las empresas dedicadas al transporte internacional de cargas.

En *sub lite*, en atención a las modificaciones regulatorias que se sucedieron desde el inicio del presente, el conflicto actual sobre el que la Corte Suprema debe decidir se ciñe a la constitucionalidad de la comunicación "A" 5318, en cuanto requiere que el actor obtenga la autorización previa del BCRA para adquirir dólares estadounidenses para un fin distinto y en condiciones diversas a las previstas por el marco regulatorio; y, eventualmente, a la constitucionalidad de la resolución 3421 de la AFIP en cuanto mantiene la implementación del Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias. En este sentido, cabe recordar la doctrina de la Corte Suprema según la cual sus sentencias deben atender a la situación existente al momento de decidir (Fallos: 311:870; 329:5913), así como al marco normativo existente en ese entonces (Fallos: 329:2897; 330:5).

-VI-

El principal agravio del recurrente consiste en que el BCRA carece de facultades para dictar la comunicación "A" 5318. A fin de tratar esta cuestión, cabe considerar las misiones y las facultades que nuestro ordenamiento jurídico le atribuye al BCRA, y determinar si ellas fueron ejercidas en el marco de las políticas legislativas establecidas por el Gobierno Nacional en materia cambiaria. En este análisis, no pueden dejar de ponderarse los intereses colectivos que subyacen en las regulaciones que tienden a administrar el ingreso, egreso y uso de divisas extranjeras.

La creación de un banco federal con facultad de emitir moneda se encuentra prevista en el artículo 75, inciso 6, de la Constitución Nacional. En particular, el BCRA es una entidad autárquica del Estado Nacional, creada en 1935, a través de la ley 12.155.

En la actualidad, de acuerdo con los términos de su Carta Orgánica (ley 24.144, modificada por las leyes 25.562 y 26.739, entre otras), las misiones del BCRA son promover la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional (artículo 3). Históricamente, la misión central que ha sido confiada al BCRA es la conservación del valor de la moneda.

A fin de cumplir sus cometidos, la Carta Orgánica prevé una multiplicidad de facultades propias del BCRA, que conforman, en definitiva, el poder de policía financiero, bancario y cambiario que el Congreso de la Nación ha puesto a su cargo, tal como lo entendió la Corte Suprema en diversos precedentes (Fallos: 310:203; 334:1241; entre otros).

De acuerdo con el artículo 4 de la Carta Orgánica, el BCRA está facultado para "regular la cantidad de dinero y las tasas de interés y regular y orientar el crédito" (inciso b); "concentrar y administrar sus reservas de oro, divisas y otros activos externos" (inciso d); "ejecutar la política cambiaria en un todo de acuerdo con la legislación que sancione el Honorable Congreso de la Nación" (inciso f); "regular, en la medida de sus facultades, [...] toda otra actividad que guarde relación con la actividad financiera y cambiaria" (inciso g); y "proveer a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros y a la defensa de la competencia, coordinando su actuación con las autoridades públicas competentes en estas cuestiones" (inciso h).

En particular, con relación al régimen de cambios, el artículo 29 dispone que el BCRA deberá asesorar al Ministerio de Economía y

al Congreso de la Nación en todo lo referente al régimen de cambios, y establecer las reglamentaciones de carácter general que correspondiesen (inciso a); así como también dictar las normas reglamentarias del régimen de cambios y ejercer la fiscalización de su cumplimiento (inciso b).

De este modo, la Carta Orgánica prevé numerosas facultades, que son propias del BCRA, a los efectos de intervenir y regular el mercado cambiario, esto es, la oferta y la demanda de moneda extranjera.

En numerosos precedentes, la Corte Suprema ha recordado que, en nuestro ordenamiento normativo, el Banco Central ejerce el poder de policía bancario o financiero con las consiguientes atribuciones para aplicar un régimen legal específico, dictar normas reglamentarias que lo complementen y ejercer las funciones de fiscalización que resulten necesarias (Fallos: 310:203; 334:1241; entre otros).

En el precedente “Cambios Teletour SA” (Fallos: 310:203), la Corte apuntó que “el conjunto de normas que otorga facultades al Banco Central en materia cambiaria y que completa e integra la regulación de la actividad financiera que se desarrolla en el país convierte a esta entidad autárquica en el eje del sistema financiero, concediéndole atribuciones exclusivas e indelegables en lo que se refiere a política monetaria y crediticia [...]” (considerando 7°).

La actividad cambiaria está caracterizada por su complejidad, dinamismo, y tecnicismo. La naturaleza esencialmente dinámica de la actividad financiera, monetaria y cambiaria, así como también la especialidad técnica de la materia, han llevado a atribuir al BCRA amplias facultades regulatorias de esas actividades. En efecto, se requiere un organismo que pueda responder en forma ágil y eficiente a la dinámica cambiante y a la complejidad de la actividad financiera y cambiaria. Ello ha llevado a nuestro ordenamiento jurídico y a los del derecho comparado a atribuir a los bancos centrales amplias atribuciones (v. facultades del Banco Central Europeo y del Sistema Europeo de Bancos Centrales, previstas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículos 127 a 133, 138 y 282, y en el Protocolo nro. 4 sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo; de la Reserva Federal de los Estados Unidos previstas en la Ley de la Reserva Federal, sección 2.A; del Banco Central de Brasil, ley 4.595, artículo 3; y del Banco Central de Chile, ley 18.840, artículos 3, 27 a 57; entre otros).

Más importante aún, la actividad cambiaria está caracterizada por su trascendencia: en efecto, en la regulación de la oferta y la deman-

da de moneda extranjera están fuertemente involucrados intereses colectivos de carácter económico y social. Las divisas ocupan un rol fundamental en la satisfacción del bienestar general de la sociedad en la esfera económica y social por dos cuestiones centrales.

Por un lado, el valor de nuestra moneda local está determinado, principalmente, por el valor de las divisas extranjeras o, dicho de otro modo, por su poder adquisitivo para la compra de otras monedas aceptadas internacionalmente. Por ello, la oferta y la demanda de moneda extranjera no sólo determinan el valor de esa moneda sino que también inciden, en definitiva, en el valor de la moneda local. No hace falta decir que la preservación del valor de nuestra moneda juega un papel significativo en el desarrollo de nuestra economía y, en definitiva, del bienestar general. A su vez, en un mundo globalizado, la determinación del precio de la moneda extranjera incide en diversas variables económicas, como la determinación de precios internos de productos relacionados directa o indirectamente con la importación o exportación de bienes.

Por otro lado, las divisas extranjeras son indispensables para el crecimiento económico de nuestro país. En el mundo actual, las economías dependen del comercio internacional para su desenvolvimiento. Para intervenir en ese comercio internacional, y especialmente para importar los bienes y servicios necesarios, se requiere la tenencia de monedas aceptadas internacionalmente.

En suma, existen intereses colectivos involucrados en el ingreso, egreso y uso de las divisas extranjeras, lo que ha justificado la regulación estatal del mercado cambiario en aras de promover un adecuado equilibrio entre ellos.

En el precedente registrado en Fallos: 310:203, la Corte Suprema recordó que la propia Constitución Nacional -en su actual artículo 75, incisos 6, 18 y 32- establece la base normativa de las razones de bien público que se concretan en la legislación reguladora y ordenadora de la actividad financiera. Más concretamente, el Tribunal ha destacado que en la determinación de la política monetaria y cambiaria se encuentran involucrados vastos intereses económicos y sociales (Fallos: 310:203, considerando 8°).

-VII-

En el marco interpretativo expuesto, entiendo que el BCRA dictó la comunicación "A" 5318 en ejercicio del poder de policía cambiario y, más específicamente, de las atribuciones previstas en los artícu-

los 4, incisos *b, d, f; g, y h*, y 29 de la Carta Orgánica. A través de esa disposición suspendió la vigencia del punto 4.2 del Anexo de la comunicación “A” 5236, que prevé el acceso al mercado local de cambios, sin la conformidad previa del BCRA, con fines de atesoramiento y por un monto determinado. De este modo, los sujetos interesados en adquirir moneda extranjera para esos fines deben petitionar la autorización del BCRA.

En efecto, se trata de una disposición que reglamenta el acceso al mercado cambiario (artículo 29, ley 24.144). Al respecto, cabe recordar que las regulaciones cambiarias emanadas del BCRA son dictadas en ejercicio de una facultad reglamentada propia y autónoma, y no en ejercicio de un poder delegado. A su vez, la comunicación en cuestión está estrechamente vinculada con la función del BCRA de concentrar y administrar las reservas de oro, divisas y otros activos externos (artículo 4, inciso *d*); regular la cantidad de dinero (inciso *b*); ejecutar la política cambiaria (inciso *f*; regular toda operación que guarde relación con la actividad financiera y cambiaria (inciso *g*); y proveer a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros (inciso *h*). La necesidad de establecer regulaciones cambiarias para concentrar y administrar las reservas de divisas -que es una de las funciones principales del BCRA- ha sido destacada por la Corte Suprema en el citado precedente “Cambios Teletour SA”.

A su vez, en atención al rol que tienen las divisas extranjeras en la satisfacción del bienestar general; no puede perderse de vista que el BCRA actuó en el marco de sus misiones esenciales establecidas por el Congreso de la Nación, a saber, preservar el valor de la moneda y procurar el desarrollo económico con equidad social. Ello hace aplicable el criterio recordado por la Corte Suprema en Fallos: 310:203, de acuerdo al cual el sentido de las normas debe ser desentrañado a la luz del principio que hace prevalecer la interpretación que favorece los fines que persigue la norma, y no la que los dificulta.

Con respecto a la extensión de las facultades regulatorias, la Corte Suprema ha dicho que “[...] tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida [...] Y ello, habida cuenta de que, en tales supuestos, ese órgano no recibe una delegación proscripta por los principios constitucionales, sino que, al contrario, es habilitado para el

ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (art. 86, inc. 2º), cuya mayor o menor extensión depende del uso que de la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo” (Fallos: 246:345, considerando 8º; en igual sentido, ver Fallos: 148:430).

De este modo, la validez del ejercicio de facultades regulatorias a través de la comunicación “A” 5318 debe juzgarse, en consonancia con la citada doctrina de la Corte Suprema y con lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución Nacional y el artículo 3 de la Carta Orgánica, por las características de la materia que se reglamenta, el uso que haya hecho el Poder Legislativo de la misma facultad, y los límites establecidos al determinarse la política legislativa.

En el caso, a fin de desentrañar la política legislativa establecida por el Gobierno Nacional en materia cambiaria, cabe recordar que desde el año 1991 hasta el 2001 imperó en nuestro país el régimen de convertibilidad dispuesto por el Congreso de la Nación, que se caracterizó por la vigencia de un tipo de cambio fijo, de acuerdo al cual un peso argentino equivalía a un dólar estadounidense (ley 23.928). Bajo ese sistema monetario, se dictaron diversas medidas tendientes a desregular el mercado de cambios. Así se dejó sin efecto el mercado oficial de cambios y se suspendió la obligatoriedad del ingreso y la negociación en el mercado de cambios de las divisas provenientes de la exportación, que había sido dispuesta por el decreto 2581/1964 (decreto 530/1991). En este contexto, las funciones del BCRA se encontraban restringidas, dado que la sanción de la ley 23.928 implicó, de hecho, una renuncia a la utilización de las políticas monetarias y cambiarias como instrumentos macroeconómicos.

A raíz de la severa crisis desatada en el año 2001 -cuyas características y envergadura fueron expuestas por la Corte y mis antecesores en la Procuración General de la Nación, especialmente en los pronunciamientos registrados en Fallos: 329:5913 y 330:855-, se dispuso la derogación del régimen de convertibilidad monetaria (artículo 3, ley 25.561), y se puso fin al régimen de desregulación cambiaria (decretos 1570/01 y 1606/01, y ley 25.561). En este sentido, se restableció la vigencia del decreto 2581/1964, que dispone la obligatoriedad del ingreso y la negociación de las divisas provenientes de la exportación en el mercado local cambiario. El Congreso de la Nación dictó la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (ley 25.561), por la que declaró la emergencia en materia financiera y cambiaria, y facultó al Poder Ejecutivo Nacional para reordenar el sistema financiero, bancario y del mercado de cambios; para establecer el sistema que determinará la relación entre el peso y las divisas extranjeras; y

para dictar regulaciones cambiarias. A su vez, a través de la ley 25.562 el Congreso de la Nación modificó la Carta Orgánica del BCRA, y le atribuyó a ese organismo mayores funciones y facultades en consonancia con el abandono de la convertibilidad y del restablecimiento del uso de instrumentos monetarios y cambiarios.

En ejercicio de esas facultades otorgadas por la ley 25.561, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 71/02, por el que estableció un mercado oficial de cambios y un mercado libre de cambios. Luego, ese sistema fue modificado por el decreto 260/02, que estableció nuestro régimen actual denominado Mercado Único y Libre de Cambios (en adelante, MULC), a partir del cual todas las operaciones de cambio se cursan a través de ese mercado, y se encuentran sujetas a los requisitos y a la reglamentación que establezca el BCRA (artículo 2 del citado decreto). A su vez, la ley 19.359 contiene el Régimen Penal Cambiario, que sanciona toda negociación de cambio que se realice sin intervención de una institución autorizada para efectuar operaciones cambiarias, así como todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios (artículo 1, incisos *a* y *f*).

En el MULC, el tipo de cambio no es fijo, como el imperante durante el sistema de convertibilidad monetaria, sino libre o flotante. En la práctica, el tipo de cambio ha sido administrado por el BCRA en aras de promover la estabilidad monetaria y el desarrollo económico con equidad social (artículo 3, ley 24.144, tal como fue modificado por la ley 26.739), y en ejercicio de las facultadas previstas en el artículo 3 de la ley 23.928, modificada por el artículo 4 de la ley 25.561, para vender y comprar divisas en el mercado cambiario (artículo 10, inciso *j*, ley 24.144).

En ejercicio de facultades legislativas delegadas, el Poder Ejecutivo instó al BCRA a regular las particularidades y pormenores del acceso al mercado cambiario en ejercicio de sus facultades propias (artículo 2, decreto 260/02; artículo 29, ley 24.144). De igual modo, el Congreso de la Nación animó al BCRA a dictar las regulaciones cambiarias, cuya violación da lugar a la aplicación del Régimen Penal Cambiario (artículo 1, inciso *f*, ley 19.359).

Tal como surge del relato efectuado en la sección anterior, la comunicación "A" 5318, aquí impugnada, se insertó en un marco que regula, cualitativa y cuantitativamente, el acceso al mercado local de cambios (ver comunicaciones "A" 3722, 3794, 3826, 3845, 3894, 3909, 3944, 4079, 4086, 4128, 4178, 4306, 4349, 4385, 4515, 4603, 4685, 4724, 4764, 4786, 4803, 4822, 4850, 4864, 4867, 4871, 4887, 4896, 4950, 5020, 5085 y 5236, en-

tre otras). De hecho, la comunicación "A" 3722 del 6 de septiembre de 2002 estableció, como regla, que se requiere contar con la conformidad previa del BCRA para adquirir moneda extranjera con fines de atesoramiento o análogos. Luego, previó, como excepción, la posibilidad de acceder al mercado de cambios por dichos conceptos por hasta un monto máximo mensual de U\$S 100.000. Esa suma que fue objeto de sucesivas modificaciones y, de acuerdo a la comunicación "A" 5236, ascendía a U\$S 2.000.000.

En cuanto aquí interesa, la comunicación "A" 5318 introdujo una modificación a un régimen que ya reglaba el acceso al mercado cambiario, y efectuaba distinciones en atención a los usos y aplicaciones de las divisas. Históricamente, y tal como surge de la descripción efectuada de la comunicación "A" 5236, los usos a los que es aplicada la moneda extranjera son relevantes para la regulación cambiaria, lo que se refleja en las diversas reglamentaciones, montos y condiciones previstas para cada caso. En efecto, la reglamentación existente, sistematizada en la comunicación "A" 5236, priorizaba algunos usos vinculados a la satisfacción de intereses colectivos -en este sentido, son un claro ejemplo las aplicaciones a la importación de bienes y servicios vinculados al desarrollo de nuestra economía-. La comunicación aquí impugnada profundizó esa preferencia en atención a una situación de deterioro de la economía internacional, que se desarrollará en la sección siguiente.

Finalmente, tal como advirtió la Corte Suprema en numerosos precedentes, a los efectos de juzgar la validez del ejercicio de las facultades reglamentarias cabe considerar las características de la materia que es objeto de regulación. En efecto, cuando esa materia presenta contornos o aspectos peculiares, distintos y variables, que impiden al legislador prever anticipadamente la concreta manifestación que tendrá en los hechos, corresponde reconocer amplias facultades al órgano regulatorio (Fallos: 148:430; 246:345).

De este modo, tanto la dinámica del mercado cambiario, como la especialidad técnica de la materia, requieren reconocer facultades regulatorias suficientes al BCRA para administrar y controlar el ingreso, egreso y uso de divisas a los efectos de concretar eficazmente la política legislativa y a los fines de procurar un equilibrio entre los vastos intereses económicos y sociales que se encuentran involucrados en la oferta y la demanda de divisas extranjeras.

En suma, la comunicación impugnada fue dictada en ejercicio de las facultades previstas en la Carta Orgánica del BCRA y se enmarca

dentro de la política legislativa constituida por la ley 25.561 y el decreto 260/2002, que puso fin al sistema de convertibilidad y de desregulación cambiaria y que, en atención a la naturaleza de la materia, instó al BCRA a reglamentar el acceso al mercado cambiario. Para más, ese organismo actuó en el marco de sus misiones esenciales establecidas por el Congreso de la Nación en la reciente reforma a su Carta Orgánica, a saber, preservar el valor de la moneda y procurar el desarrollo económico con equidad social (ley 26.739, publicada en el Boletín Oficial del 28 de marzo de 2012).

Por último, la comunicación impugnada no contradice las políticas legislativas reflejadas en los artículos 617 y 619 del Cód. Civil, en tanto que esa comunicación no tiene por objeto reglar las relaciones entre particulares, sino únicamente administrar el ingreso, egreso y uso de divisas a los efectos de satisfacer los cometidos legales específicos del BCRA y en ejercicio del poder de policía a su cargo. La comunicación impugnada no determina que las partes no puedan pactar obligaciones en moneda que no sea de curso legal, sino que únicamente dispone que el contratante requiere la conformidad previa del BCRA para acceder al mercado local de cambios y aplicar las divisas extranjeras a un fin diverso a los expresamente autorizados en el marco regulatorio en el que se insertó la comunicación “A” 5318.

-VIII-

Sentado que el BCRA actuó dentro de sus facultades al dictar la comunicación “A” 5318, cabe tratar los restantes agravios del impugnante dirigidos a demostrar que esa disposición constituye una violación a sus derechos constitucionales de propiedad, a ejercer el comercio, a la igualdad y a la autonomía personal.

En mi opinión, el accionante no ha acreditado que la comunicación impugnada le cause una restricción de sus derechos. En el *sub lite*, el actor acompañó dos mutuos hipotecarios, de donde surge que recibió, en préstamo, una suma de dólares estadounidenses y se comprometió a devolverlos en la misma moneda. Sin embargo, tal como entendieron el juez de primera instancia y el tribunal *a quo*, el accionante no probó carecer de medios alternativos de cumplimiento, ya sea que surjan de los contratos celebrados (ver cláusula tercera de ambos contratos, agregados a fs. 7/19) o de las previsiones contenidas en las normas pertinentes. Sin perjuicio de que no corresponde dirimir en estos autos -donde el acreedor no fue citado como parte- la relación contractual existente entre las partes, cabe puntualizar que

el actor no ha demostrado que su acreedor se haya negado a recibir moneda de curso legal.

En concreto, el régimen cambiario actual, que fue modificado por la comunicación "A" 5318, requiere que el actor obtenga la conformidad previa del BCRA a los efectos de adquirir dólares estadounidenses a ser aplicados a fines distintos y en condiciones diversas a las previstas en la reglamentación.

En este sentido, tal como expuse anteriormente y como ha dicho la Corte Suprema en otros casos (Fallos: 310:203, considerando 8°), la intervención estatal en la oferta y la demanda de divisas extranjera se funda en los vastos intereses colectivos de índole económica y social que se encuentran involucrados. La conservación del valor de la moneda local y el desarrollo de la economía con equidad social dependen, en parte, del valor de las monedas extranjeras y de su disponibilidad.

En el caso, la pretensión del accionante no ha examinado los intereses colectivos amparados por la regulación cuestionada, que, como tales, abarcan a su propio interés.

Más específicamente, con respecto a los intereses colectivos protegidos por la comunicación "A" 5318, cabe considerar la presentación de fs. 117/126 del BCRA, donde se remite al informe macroeconómico y de política monetaria de julio de 2012 elaborado por esa entidad (información pública disponible en www.bcra.gov.ar).

Allí el organismo destaca la existencia y la evolución de una grave crisis internacional iniciada en el año 2007, y la necesidad de tomar medidas que protejan a nuestro país de las repercusiones negativas de esa crisis, que conlleva una reversión de los flujos de capitales y una desaceleración de los volúmenes del comercio mundial. El BCRA afirma que la incertidumbre existente en el ámbito internacional, la disminución en la demanda de exportaciones como consecuencia de la desaceleración de la economía mundial y el déficit de la balanza comercial energética demandan la implementación de una política cambiaria que se dirija a administrar las reservas existentes y a regular los flujos de capitales.

En este escenario, donde el deterioro de la economía internacional obliga a administrar adecuadamente las reservas locales de divisas extranjeras, la aplicación o destino de las divisas cobra más relevancia de la que habitualmente tiene. De este modo, el BCRA explica que la comunicación "A" 5318 regula el acceso al mercado local de cambios con fines de atesoramiento, dando preferencia a la aplicación de las divisas existentes a los usos más eficientes desde el punto de vista

de los intereses generales de la población en el plano económico. De acuerdo a su criterio, esos fines son: pagar las importaciones de bienes y servicios; cancelar los intereses y las amortizaciones de la deuda pública y privada; y acumular reservas internacionales que permitan sostener el esquema de flotación administrada del tipo de cambio. El BCRA afirma que el atesoramiento privado de divisas extranjeras, en el contexto de la crisis internacional, puede afectar el bienestar general de la población.

La entidad concluye afirmando que “[e]sta medida [la comunicación “A” 5318] se integra así al marco normativo de regulación prudencial ya existente a los efectos de asignar el excedente de dólares según criterios que prioricen el mayor impacto económico y social de esas divisas, propendiendo a que cada dólar usado maximice su efecto multiplicador en términos de crecimiento” (informe citado, pág. 9).

En síntesis, los fines concretos perseguidos por la comunicación aquí impugnada son administrar los flujos y los usos de las divisas extranjeras a los efectos de contrarrestar los efectos negativos de la crisis internacional y a fin de priorizar las aplicaciones de las divisas que se vinculan más directamente con la satisfacción del bienestar general de la población. Para alcanzar esos fines, el marco regulatorio del mercado cambiario, integrado por la comunicación “A” 5318, permite la adquisición de divisas, sin la conformidad previa del BCRA, para su aplicación a fines específicos, mientras que requiere el consentimiento previo de ese organismo para otros propósitos, como el atesoramiento.

De lo expuesto se desprende que, en el caso, el Estado ha justificado en forma suficiente la validez de la restricción examinada, mientras que ninguno de estos argumentos ha sido considerado por el impugnante.

En efecto, mientras que el BCRA ha demostrado que la restricción contenida en la comunicación “A” 5318 atiende a fines colectivos de gran envergadura, y tiene una relación razonable y proporcionada con esos propósitos, el actor se ha limitado a oponerse en forma dogmática a la regulación, sin efectuar aportes concretos dirigidos a mostrar la falta de razonabilidad de la medida.

Por ello, entiendo que el accionante no ha demostrado que la comunicación impugnada le cause una carga desmedida e inequitativa, máxime considerando que su interés en la adquisición de divisas extranjeras no puede ser ponderado con prescindencia del impacto que puede tener en los intereses colectivos amparados por la comunicación “A” 5318 del BCRA, esto es, la estabilidad monetaria y el desarrollo económico con equidad social.

En este marco, cabe recordar que el análisis de los derechos o intereses legalmente protegidos invocados por el accionante no puede realizarse en abstracto o desde un plano netamente individual, desatendiendo que ellos se integran e interrelacionan necesariamente con los derechos e intereses de los demás miembros de la sociedad, que son, a su vez, igualmente merecedores de protección.

La Corte Suprema ha dicho, invariablemente, que los derechos consagrados en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional no son absolutos (Fallos: 311:1565), sino que se encuentran sujetos a la reglamentación de su ejercicio (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional). A su vez, ha entendido que las limitaciones son válidas siempre que sean razonables, esto es, cuando los medios arbitrados son proporcionalmente adecuados a los fines perseguidos (Fallos: 248:800; S.C. A. 402, L. XLV, "Agroveterinaria del Sud SRL y otros c. SENASA s/ acción declarativa de certeza", dictamen de la Procuradora Fiscal, al que la Corte remitió en Fallos: 333:2179; S.C. E. 45, L. XLVI, "El Brujo SRL c. EN", dictamen de la Procuradora Fiscal, al que la Corte remitió en Fallos: 335:1650).

Por otro lado, con relación a la autonomía personal, cabe recordar que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría una cláusula de la Constitución Nacional y qué gravamen le causa, y debe probar, además, que ello ocurre en el caso concreto. Es insuficiente el planteo de inconstitucionalidad efectuado en términos genéricos mediante la mera invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas, sin efectuar el desarrollo necesario para demostrar tal afectación (Fallos: 330:3400). Esta carga no ha sido cumplida por el aquí recurrente, lo que obsta al ejercicio de la función que esa Corte ha calificado como la más delicada que se le ha encomendado y un acto de suma gravedad que debe considerarse como última ratio del orden jurídico.

Por último, entiendo que tampoco es procedente el agravio vinculado al artículo 16 de la Constitución Nacional. La garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato igualitario a quienes de hallan en idénticas circunstancias, empero, no impide que se contemple en forma distinta situaciones diferentes, esto en la medida en que tales distinciones no revelen criterios arbitrarios (Fallos: 245:221; 329:5567; en igual sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003). De tal modo, es dirimente comprobar no sólo la existencia de un trato distinto, sino también la falta de razonabilidad del criterio y el propósito seguidos por el legislador para efectuar la distinción de situaciones y de trato.

Pues bien, en el presente caso, las regulaciones en materia cambiaria históricamente han efectuado distinciones sobre la base de la aplicación de la moneda extranjera. Tal como fue explicado, mientras ciertos destinos están vinculados a la consecución de intereses colectivos de índole económica y social, otros se relacionan directamente con la satisfacción de intereses individuales. De este modo, en el caso, la disparidad en el trato no luce arbitraria sino que atiende fines legítimos.

En conclusión, estimo que el planteo de inconstitucionalidad de la comunicación “A” 5318 dictada por el BCRA no puede prosperar. En atención a la solución que propicio, entiendo que es innecesario adentrarse al tratamiento de las restantes cuestiones planteadas por el apelante.

-IX-

En virtud de todo lo expuesto, considero que corresponde declarar admisible la queja, rechazar el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 27 de diciembre de 2013. *Alejandra Magdalena Gils Carbó*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Moyano Nores, José Manuel c/ EN - AFIP s/ amparo ley 16.986”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 208/213 de los autos principales), confirmó la sentencia de la instancia anterior que había rechazado la acción de amparo deducida por el señor Moyano Nores contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) —y ampliada luego contra el Banco Central de la República Argentina (BCRA)— con el objeto de que se lo autorizara a adquirir mensualmente los dólares estadounidenses necesarios para cancelar los intereses derivados de dos mutuos hipotecarios que había celebrado en aquella moneda. Contra lo así resuelto, el accionante interpuso recurso extraordinario que, al ser denegado, dio origen a la presente queja.

2°) Que, en lo sustancial, el actor planteó la inconstitucionalidad de las disposiciones dictadas por la AFIP —resoluciones 3210/11, 3212/11 y concordantes— y por el BCRA —comunicaciones “A” 5239, 5318 y 5330— las que, según sostuvo, le impidieron adquirir la moneda extranjera necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

3°) Que como lo señaló la señora Procuradora General en su dictamen, en atención a las modificaciones regulatorias que se sucedieron desde el inicio de la presente causa, el conflicto, en el momento en que fue emitido el aludido dictamen —el 27 de diciembre de 2013—, “se ciñe a la constitucionalidad de la comunicación ‘A’ 5318, en tanto requiere que el actor obtenga la autorización previa del BCRA para adquirir dólares estadounidenses para un fin distinto y en condiciones diversas a las previstas por el marco regulatorio; y, eventualmente, la constitucionalidad de la resolución 3421 de la AFIP en cuanto mantiene la implementación del Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias” (conf. sección V, último párrafo del citado dictamen).

4°) Que, con posterioridad, en fecha 27 de enero de 2014, el Banco Central de la República Argentina dictó la comunicación “A” 5526, que reemplazó el Anexo de la “A” 5236, del 27 de octubre de 2011 y, en lo que aquí interesa, estableció bajo el título “*Normas para el acceso al mercado local de cambios para la formación de activos externos de residentes de libre disponibilidad*”, que las personas físicas residentes en el país podrán acceder al mercado local de cambios para la compra de billetes que realicen por el concepto “compra para tenencia de billetes extranjeros en el país” en función a los ingresos de su actividad declarados ante la Administración Federal de Ingresos Públicos y de los demás parámetros cuantitativos que se establezcan, en el marco de la política cambiaria, para su validación a los fines del presente régimen (punto 4).

Dicho régimen se integra con la Resolución General 3583 de la Administración Federal de Ingresos Públicos, emitida el 24 de enero de 2014, que establece un sistema de percepción del veinte por ciento (20%) que se aplicará sobre las operaciones de adquisición de moneda extranjera efectuadas por personas físicas para tenencia de billetes extranjeros en el país de acuerdo a las pautas operativas que, en el marco de la política cambiaria, determine la autoridad monetaria.

5°) Que es menester tener presente que las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de la deci-

sión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (conf. Fallos: 306:1160; 311:2628; 318:342; 313:1474, entre muchos otros).

6°) Que dado que la nueva normativa regula expresamente la situación sometida a juicio, el principio señalado en el considerando que antecede haría necesario determinar si el señor Moyano Nores, según las pautas establecidas en el nuevo régimen al que se hizo referencia, se encontraría en condiciones de adquirir los dólares suficientes para la cancelación mensual de los intereses de los mutuos a los que aludió al promover la acción de amparo y, eventualmente, en caso de no satisfacer el accionante los recaudos previstos en tales disposiciones, la validez o invalidez constitucional de la referida reglamentación de acuerdo con las impugnaciones que eventualmente aquél pudiera formular, extremos sobre los que no corresponde que la Corte se pronuncie en los presentes autos, máxime al no haber sido esas cuestiones objeto de debate entre las partes ni de pronunciamiento de los jueces de las anteriores instancias.

7°) Que, por lo tanto, con la indicada comprensión, cabe concluir que las nuevas normas han tornado abstracta la cuestión debatida en esta causa, en las condiciones en las que ha sido planteada por el accionante y resuelta en las instancias de grado y, en consecuencia, resultaría inoficioso un pronunciamiento de esta Corte a su respecto.

Por ello, y oída la señora Procuradora General, se declara que resulta inoficioso un pronunciamiento del Tribunal en la queja en examen. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese la presentación directa.

RICARDO LUIS LORENZETTI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por el actor, **José Manuel Moyano Nores, letrado en causa propia.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II.**

Intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 5.**

RODRIGUEZ, MARÍA BELÉN c/ GOOGLE INC
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

INTERNET

La libertad de expresión comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de Internet tal como ha sido reconocido por el legislador nacional en el art. 1° de la ley 26.032, ya que a través de Internet se puede concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar -o no hacerlo- sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc y desde el aspecto colectivo, constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública.

INTERNET

No corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los “motores de búsqueda” de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa sino que corresponde hacerlo, en cambio, a la luz de la responsabilidad subjetiva en tanto los “buscadores” no tienen una obligación general de monitorear (supervisar, vigilar) los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web sino que son, en principio, irresponsables por esos contenidos que no han creado.

INTERNET

La libertad de expresión sería mellada de admitirse una responsabilidad objetiva que -por definición- prescinde de toda idea de culpa y, consiguientemente, de juicio de reproche a aquél a quien se endilga responsabilidad, sin embargo, hay casos en que el “buscador” puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno: eso sucederá cuando haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente y en dicho supuesto correspondería aplicar el art. 1109 del Código Civil.

INTERNET

A los efectos del efectivo conocimiento requerido para la responsabilidad subjetiva de los buscadores de Internet, en ausencia de una regulación legal específica, conviene sentar una regla que distinga nítidamente los casos en que la naturaleza ilícita -civil o penal- de los contenidos sea palmaria y resulte directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier personal, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento de aquellos casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza pero que exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa y en que no puede exigirse al buscador que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces, por lo que corresponderá exigir la notificación judicial o administrativa competente.

INTERNET

El thumbnail tiene, respecto de la imagen original subida a una página de Internet, una función de mero enlace, ya que da idea al usuario del contenido de la página y le permiten decidir si accederá o no a aquélla, siendo obviamente la imagen original y el texto original responsabilidad exclusiva del titular de la página, único creador del contenido, por lo cual no corresponde aplicar al buscador de imágenes y al de textos normas distintas y torna infundada la aplicación de la prohibición contenida en el art. 31 de la ley 11.723, ya que no se juzga la responsabilidad que podría atribuirse a una página de Internet -por la indebida publicación o reproducción de imágenes- sino a un mero intermediario cuya única función es servir de enlace con aquélla.

INTERNET

La mera actividad de indexar los contenidos publicados por terceros para ser ofrecidos a los usuarios del servicio del buscador, se encuentra dentro del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la difusión de información, conformando una actividad lícita que excluye, a priori, un comportamiento antijurídico base de un eventual deber de responder (Disidencia parcial de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda).

INTERNET

Corresponde confirmar la sentencia en lo referido al resarcimiento económico por el uso de la imagen de la actora sin su consentimiento a través de los thumbnails -por medio de los cuales los buscadores utilizan, almacenan y reproducen, mediante una copia reducida, imágenes publicadas por terceros-, ya que en el derecho argentino vigente es ineludible acudir al art. 31 de la ley 11.723, que establece claramente la exigencia del consentimiento del titular del derecho personalísimo para la publicación de su imagen (Disidencia parcial de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda).

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

A fin de evacuar la vista que se me corre en estas actuaciones, remito a lo expresado en mi dictamen del 22 de agosto de 2013 en el expediente D.544.XLVI. “Da Cunha, Virginia c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ daños y perjuicios”, a cuyos términos y conclusiones, en lo que fueren aplicables a los recursos extraordinarios *sub examine*, cabe reiterar aquí en razón de brevedad.

En virtud de los fundamentos allí expuestos, opino que corresponde desestimar el recurso extraordinario planteado por la actora a fs. 1827/1848, hacer lugar al recurso deducido por Google Inc. a fs. 1850/1867 y revocar, parcialmente, la sentencia apelada sólo en cuanto ha sido materia de éste último. Buenos Aires, 19 de febrero de 2014.
Laura M. Monti.

Suprema Corte:

-I-

A fs. 2233/2268 del expediente 99.620/06 (al que me referiré en adelante, salvo que se indiquen otras actuaciones), la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por mayoría, confirmó parcialmente la decisión de primera instancia en cuanto había desestimado el pedido de condena contra Yahoo de Argentina S.R.L. y Google Inc. (prestadoras del sistema de búsqueda en Internet) para que indemni-

zaran a la actora por los daños y perjuicios reclamados y la revocó en cuanto había hecho lugar al pago del daño moral.

Asimismo, condenó a las empresas demandadas a eliminar las vinculaciones individualizadas concretamente por la actora como lesivas de su derecho al honor, sin perjuicio de las medidas que ella pudiera requerir respecto de los dueños de los sitios de Internet que incluyan los contenidos que considere dañosos, modificando, de tal manera, la sentencia que había ordenado en forma genérica que se eliminaran todos los vínculos entre los sistemas de búsqueda de las demandadas y los sitios de contenido sexual, erótico o pornográfico que contuvieran el nombre o las fotografías de la actora.

Para así resolver, la mayoría entendió que, aun cuando el servicio de Internet se halla protegido por el derecho a la libertad de expresión previsto en la ley 26.032, el decreto 1279/97 y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se trata de un derecho absoluto, sino que, si se configura un abuso en su ejercicio, deben aplicarse las normas genéricas que rigen la responsabilidad civil extracontractual, debido a que en la República Argentina no se encuentra regulada, todavía, la conducta de los proveedores de tal servicio.

Descartó que debiera aplicarse el estándar objetivo de responsabilidad, al tomar en cuenta que los prestadores de sistemas de búsqueda (buscadores) no crean ni editan el contenido de la red. Estimó, en cambio, que resultaba aplicable el estándar de la culpa previsto en los arts. 1109 y 512 del Código Civil, al ponderar que la conducta de las demandadas no resultó negligente. Al respecto, consideró que aquéllas no estaban advertidas de que se hallaban difundiendo información ilícita, pues no habían recibido con anterioridad reclamo alguno de la afectada solicitando el bloqueo del contenido considerado por ella como agravante.

La tesis contraria, indicó, implicaría imponer a los buscadores la carga de monitorear y moderar los millones de contenidos que se editan a cada minuto, algunos en tiempo real, lo que no condice con la realidad ni con la rentabilidad del negocio, además de que conlleva una censura previa que se suma a la incidencia del costo empresario.

También invocó normativa internacional y de derecho comparado favorable, en líneas generales, a la inmunidad de los intermediarios de Internet por la información publicada proveniente de terceros.

Por último, y al advertir que surge del informe pericial la posibilidad técnica de eliminar los enlaces de los buscadores con los sitios injuriosos, mas no la forma de materializar esa supresión, concluyó en

que debía mantenerse la cautelar dictada, en el sentido de que atañe a la interesada la notificación de los sitios con contenidos ilícitos o agraviantes que deban ser bloqueados, sin perjuicio de otras medidas que pueda requerir respecto de los titulares de aquéllos.

-II-

Contra esta sentencia, la actora interpuso recurso extraordinario federal (fs. 2284/2305), que fue concedido, por mayoría, únicamente en lo relativo a la interpretación de normas federales y denegado en relación con la causal de arbitrariedad (fs. 2348/2350). Esta denegación parcial dio lugar a la presentación del correspondiente recurso de queja.

En síntesis, alega que existe cuestión federal por cuanto se ha controvertido la interpretación de disposiciones que tutelan la libertad de expresión y los derechos a la información, al honor, a la intimidad y a la imagen y la resolución apelada ha sido contraria a las prerrogativas que fundó en ellas (arts. 14, 19, 32, 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 31 de la ley 11.723; 1071 bis del Código Civil; ley 26.032 y decreto 1279/97).

Afirma que la cámara, al hacer prevalecer el art. 13 por sobre el art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, realizó una interpretación derogatoria de la garantía del derecho al honor, soslayando que, según lo ha decidido la Corte Suprema, la libertad de expresión no ampara a quienes cometen ilícitos civiles que menoscaban la reputación de terceros.

Destaca que en el *sub lite* no se debate el principio de prohibición de censura previa, sino la responsabilidad ulterior de las compañías demandadas quienes, por medio de sus programas de búsqueda, potencian el daño provocado mediante la difusión masiva de los sitios ilícitos y a las cuales, por una orden cautelar, se les había exigido que tomaran medidas para impedir el acceso a ellos.

Afirma que, al no tratarse la demandante de una funcionaria pública, debe aplicársele igual estándar de protección que a los demás ciudadanos, y que la posibilidad de calificarla como una “figura pública no oficial” no habilita a que su intimidad, honor, buen nombre, dignidad e integridad sean avasallados.

En otro orden, advierte que la cámara se expidió de oficio sobre una cuestión distinta de la planteada al iniciarse el juicio, toda vez que jamás se discutió la irresponsabilidad de los buscadores en orden a los

contenidos, sino que la controversia gira en torno a los vínculos que permiten relacionar el nombre de la persona con sitios de carácter sexual o pornográfico.

Asevera que los votos que conformaron la mayoría se contradicen al señalar que no es posible implementar controles preventivos y que el único censor en Internet es el usuario, mas luego deciden que las demandadas pueden, según surge del informe pericial, establecer filtros a fin de impedir la indexación de sitios o imágenes que vinculen palabras determinadas con contenidos de carácter erótico, pornográfico u otros que se consideren ilícitos.

Añade que el fallo incurre también en contradicción pues, tras admitir la responsabilidad de los buscadores cuando anoticiados de los actos ilícitos que se cometen o propagan con su actividad, decide no condenar a las demandadas, pese a que se ha probado el conocimiento por parte de aquéllas y la contumacia en cumplir las cautelares dictadas por el juez de primera instancia por las que se les ordenó cesar en el uso antijurídico de su imagen y nombre.

-III-

El recurso extraordinario planteado es formalmente admisible, en los términos del art. 14 de la ley 48, ya que se encuentra en debate la lesión al derecho al honor y a la intimidad de la actora, consagrado en los arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional, 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el tribunal superior de la causa decidió la cuestión federal en litigio en forma contraria a las pretensiones de aquélla.

En lo concerniente a las causales de arbitrariedad, estimo que se relacionan de modo inescindible con los temas federales en discusión, pues a ello se imputa la directa violación de los derechos constitucionales invocados, guardando, en consecuencia, ambos aspectos, estrecha vinculación entre sí.

Por lo tanto, considero que los agravios con base en una y otra causal deben ser examinados en forma conjunta (conf. doctrina de Fallos: 308:1076; 323:1625; 329:1631, entre muchos otros).

Por otra parte, debe aclararse que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas federales, la Corte no se encuentra limitada por el criterio de los jueces de la causa o de la recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 316:27; 321:861 y 331:735).

-IV-

Cabe recordar que la actora, tal como señala en su escrito inicial, es una figura públicamente reconocida que se ha desempeñado como modelo, cantante, actriz y conductora de televisión y que demandó a Yahoo de Argentina S.R.L. y a Google Inc. a raíz de que los motores de búsqueda de estas empresas enlazaban su nombre, fotografías e imágenes, según afirmó, en forma indebida y sin su consentimiento, con sitios de Internet de contenido erótico, pornográfico y de actividades relacionadas con la oferta de sexo (v. fs. 72/99).

Ante todo, vale tener presente que los buscadores de Internet son intermediarios entre los usuarios y los sitios que existen en él, no crean ni editan la información disponible en la red, sino que la recorren e indexan automáticamente mediante programas que emplean algoritmos matemáticos (v. fs. 1476, 1500, 1513 vta., 1514 y 1677 del informe pericial informático).

También debe considerarse que, cuando una persona ingresa determinadas palabras en un buscador, éste arroja una serie de resultados asociados con ellas, detallados mediante extractos que transcriben la información contenida en el sitio de Internet de un tercero y la indicación de la dirección web (URL) de donde proviene la información. En la lista de resultados se muestran primero las direcciones más visitadas por los usuarios. Análogo procedimiento acontece con la búsqueda de imágenes.

Así, los programas automatizados de los buscadores procesan una enorme cantidad de información, permitiendo que los datos existentes en la red sean de fácil acceso para los usuarios. Sin esta intermediación, estos últimos se verían obligados a conocer de antemano las direcciones web de los sitios a los que quieren ingresar. Para bloquear determinada información los buscadores pueden crear filtros a partir de ciertas palabras y así evitar mostrar todos los sitios que las contengan sin distinguir su contenido ni el sentido en el que dichas palabras están siendo utilizadas.

-V-

En el contexto antes descripto, es necesario determinar, de acuerdo a los planteos de la apelante, si las demandadas son responsables por los eventuales daños que pudieran ocasionar en el ejercicio de su actividad, como motores de búsqueda en Internet, al difundir la información creada por un tercero.

Cabe recordar que el decreto 1279/97 establece que el servicio de Internet “se considera comprendido dentro de la garantía que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social” (v. art. 1°). La ley 26.032, dictada con posterioridad a aquél, determina que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión” (v. art. 1°).

Vale destacar que, entre los fundamentos del decreto 1279/97, además de los arts. 14, 32 y 42 de la Ley Fundamental y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, invocados por la alzada, se citó el decreto 554/97, por el que se declaró de interés nacional el acceso de los habitantes de la República Argentina a Internet. Ambos preceptos son mencionados en la resolución 1235/98 de la Secretaría de Comunicaciones, en la cual se advierte que el Estado Nacional “no controla ni regula la información disponible en Internet”.

Es claro, finalmente, que las demandadas se hallan amparadas por las garantías consagradas en los arts. 14, 32 y 42 de la Constitución Nacional sobre libertad de expresión y prohibición de censura previa.

-VI-

Dicho lo anterior, corresponde destacar que el conflicto de autos se presenta entre el derecho al honor, a la imagen y a la intimidad que invoca la actora y el derecho a la libertad de expresión que atañe a las demandadas.

El derecho al honor y a la intimidad se encuentra consagrado en los arts. 19 de la Constitución Nacional, 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En estos últimos se establece que toda persona tiene derecho a que se respete su honra y que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada ni de ataques ilegales a su honor y reputación.

El derecho a la libertad de expresión, por su parte, se halla previsto en la Constitución Nacional (arts. 14, 32 y 42) y en diversos instrumentos internacionales, tales como los arts. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Corte ha destacado, reiteradamente, el valor que tiene la libertad de expresión en las sociedades democráticas, dándole un lugar preeminente para el desenvolvimiento institucional de la República (conf. doctrina Fallos: 167:121; 248:291, entre otros).

Es necesario puntualizar, al respecto que en la reforma constitucional el derecho a la libertad de expresión (arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional), lejos de haberse abrogado, ha venido a afianzarse, mediante un reconocimiento explícito de su valor inherente, como lo propició claramente la Convención Constituyente de 1994 (v. art. 75 incs. 22 y 23 de aquella) y lo ha reafirmado esa Corte en numerosos fallos.

En ese contexto, el compromiso que contrajo la República Argentina es el de tutelar el derecho de toda persona a la libertad de investigar, opinar, expresar y difundir su pensamiento por cualquier medio (v. art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), sin que pueda ser molestada a causa de ello, derecho que también incluye el de investigar y recibir informaciones y opiniones, de difundirlas, sin limitación de fronteras (art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), lo que comprende tanto a la prensa escrita como a los medios electrónicos de comunicación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado, sobre el tema, que los medios de comunicación en una sociedad democrática son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (caso "Ivcher Bronstein vs. Perú", sentencia del 6 de febrero de 2001, serie C n° 74, párr. 149).

El derecho de información, de naturaleza individual, adquiere conexión de sentido con el derecho a la información, de naturaleza social, al garantizar a toda persona el conocimiento y la participación en todo cuanto se relaciona con los procesos políticos, gubernamentales y administrativos, los recursos de la cultura y las manifestaciones del espíritu como un derecho humano esencial. La aceleración de los cambios históricos, el avance científico y tecnológico y el aumento de las necesidades espirituales y materiales, a lo que se adiciona la revolución de las comunicaciones, requieren del ámbito jurisdiccional una perspectiva dinámica en correspondencia con los sistemas de comunicación, el crecimiento exponencial de la tecnología y su gravitación sobre la mentalidad, las actitudes y los comportamientos individuales y sociales (Fallos: 314:1517).

-VII-

A la luz de lo expuesto, y a fin de evaluar si se configura la responsabilidad civil en casos como el *sub examine*, el Tribunal ha apreciado con especial cautela la necesaria armonía entre el derecho a informar y los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran la integridad moral y el honor de las personas.

En ese contexto, a mi juicio, debe aplicarse al caso la doctrina de la Corte en materia de responsabilidad de los medios de comunicación por los dichos de otros. Parece justo, ha advertido el Tribunal, a efectos de garantizar un razonable equilibrio entre la libertad de expresión y la protección del honor personal, exigir que el que propale la noticia acredite judicialmente que ha invocado la fuente y que sus dichos coincidan sustancialmente con aquella (Fallos: 333:2079, considerando 8° y sus citas).

Estimo que ello es lo que acontece en este supuesto, toda vez que, como se explicó, los buscadores de Internet se limitan a reproducir en sus resultados la información de sitios creados por terceros, mencionando expresamente de dónde ella proviene.

A partir de la sentencia dictada en la causa “Campillay” (Fallos: 308:789) la Corte ha señalado que, en determinadas condiciones, la reproducción de los dichos de otros no trae aparejada la responsabilidad civil ni penal. Es preciso que se haya atribuido el contenido de la información a la fuente pertinente y se haya efectuado, además, una transcripción sustancialmente fiel de lo manifestado por aquella.

Esta doctrina posibilita que se transparente el origen de las informaciones y permite a los lectores relacionarlas, no con el medio por el cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado. También los propios aludidos resultan beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos podrán ser dirigidos contra aquellos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión (Fallos: 316: 2394, considerando 6° y 2416, considerando 10).

En tales condiciones, a mi modo de ver, la conducta de los buscadores se ajusta a la doctrina antes reseñada y no puede, en principio, traer aparejada responsabilidad alguna a las demandadas, quienes se limitan a detallar la información contenida en la red, mencionando expresamente la fuente, en este caso los sitios web, de la cual procede.

Desde esa perspectiva es necesario recalcar, con relación a Internet, el carácter singular que reviste la situación de los buscadores, por

su calidad de meros intermediarios entre los sitios web y los usuarios, pues ellos no crean ni editan el contenido de la información.

En tales condiciones, el fallo apelado señala, correctamente, que, al detallarse los resultados mediante los motores de búsqueda, aparece una transcripción literal de algunos fragmentos de contenido alojado en sitios web de un tercero. Así pues, la indicación de la fuente priva de antijuridicidad a la conducta de las demandadas, por lo cual no pueden ser responsabilizadas por los daños y perjuicios generados a raíz de dicha información, como pretende la apelante.

-VIII-

Como consecuencia de lo dicho, estimo que tampoco es arbitraria la decisión de la cámara de no responsabilizar a las demandadas por la falta de control del contenido de la información creada por los terceros.

Estimo que este planteo, más allá de las cuestiones técnicas que involucra -ajenas por principio y por su naturaleza a esta instancia, y resueltas, además, según mi parecer, sin arbitrariedad-, implica una inadecuada comprensión de los principios sobre la libertad de expresión ya indicados.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puesto de manifiesto que la libertad de expresión “requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión de pensamiento ajeno” (conf. opinión consultiva 5/85, del 13/11/85 “La colegiación obligatoria de periodistas arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” solicitada por el Gobierno de Costa Rica).

Es incontrastable que los sectores de la informática y las comunicaciones favorecen y amplían las posibilidades de acceso a la información y, por esa vía, contribuyen en gran medida a facilitar la libertad de expresión.

Ello, toda vez que “los motores de búsqueda” organizan la inmensa cantidad de información disponible en la red para que resulte universalmente accesible, a punto tal que sin esa herramienta de exploración o rastreo la posibilidad de acceder a esos contenidos -siempre variables y en aumento- resultaría restringida.

Además, lejos de contribuir a preservar la naturaleza de la comunicación pública en Internet y a potenciar la dimensión social de la libertad de expresión, a la que alude la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la pretensión de la actora produciría un efecto inhibitorio o de autocensura.

En este sentido, cabe recordar que las garantías que rodean el derecho a la libertad de expresión en el sistema constitucional argentino tienen un sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa, impidiendo a las autoridades públicas controlar las ideas antes de su impresión, como así también toda acción u omisión que restrinja la publicación y circulación de la prensa (conf. doctrina de Fallos: 324:975, voto del doctor Carlos S. Fayt).

En esta orientación, la Corte Interamericana, al destacar el carácter excepcional de las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, así como la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores por su ejercicio abusivo, ha resaltado la necesidad de que no se conviertan en un mecanismo directo o indirecto de censura previa (caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina", sentencia del 29 de noviembre de 2011, serie C n° 238, párrafo 43 y sus citas).

Las conclusiones precedentemente expuestas resultan consistentes, además, con el derecho comparado. A modo de ilustración puede mencionarse la directiva 2000/31/CE del Parlamento y Consejo Europeo (relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, 8 de junio de 2000, arts. 12 y 15). Esta directiva fue recogida, por ejemplo, en la ley 34/02 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de España, que establece que los prestadores de servicios de búsqueda no pueden ser responsabilizados por la información contenida en los sitios hasta que un órgano público competente haya declarado su ilicitud (art. 17).

-IX-

Por otra parte, la actora alega que la cámara no tomó en cuenta la responsabilidad de las compañías demandadas, a quienes, por un orden cautelar, se les había ordenado previamente que adoptaran medidas para impedir el acceso a los sitios que consideraba lesivos a su honor. Estimo que este planteo, sobre el que la recurrente también finca su apelación, es inadmisibles por carencia de agravio. En efecto, la demandante solicitó y obtuvo una medida cautelar del juez de primera instancia para que las demandadas eliminaran tales enlaces de

los resultados de búsqueda (v. fs. 90/91, 198, 255, 380, 408 y 434 -en los últimos casos falta la foliatura del incidente cautelar- del expediente 63.314/06) Con posterioridad la cámara, al dictar el pronunciamiento de fondo, confirmo en lo sustancial dicha medida que, al favorecer a la actora, no puede ser objeto de queja por su parte.

En otro sentido, aduce que el fallo se contradice cuando, por un lado, admite que las demandadas deben responder si están anoticiadas de los actos ilícitos que propagan y, por otro, omite condenarlas pese a que estaba probado su conocimiento luego de las cautelares dictadas. Este agravio, a mi modo de ver, resulta también inadmisibles, pues remite a cuestiones fácticas y procesales, como son las atinentes al grado de observancia de las medidas cautelares que, por norma y naturaleza, resultan extrañas a la vía extraordinaria.

Por análogas razones, carece de aptitud para sustentar la tacha de arbitrariedad el agravio respecto de la ponderación efectuada por la cámara de la prueba aportada. Más allá del carácter opinable de tal valoración, lo cierto es que ese planteo trasunta una discrepancia respecto de cuestiones de hecho, ajenas al recurso extraordinario.

Por último, estimo que corresponde rechazar el agravio fundado en la supuesta contradicción en los votos que conformaron la mayoría de la decisión apelada sobre la interpretación de las normas federales en conflicto, pues no se advierte que haya tenido influencia en la resolución del caso, ni se vio reflejada en la parte resolutive de la sentencia, por lo que carece de relevancia para descalificar el pronunciamiento con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad.

En las condiciones expuestas, opino que el fallo exhibe fundamentos suficientes que lo ponen a resguardo de la tacha de arbitrariedad, de tal modo que los agravios de la apelante sólo traducen su desacuerdo con lo expresado por los jueces de la causa. En este sentido, no es ocioso recordar que V. E. ha señalado que el recurso extraordinario no tiene por objeto sustituir a dichos magistrados en la decisión de cuestiones que le son privativas, ni corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputen tales (Fallos: 302:836, 1030; 312:1859; 313:473).

-X-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde desestimar la queja planteada y confirmar el pronunciamiento apelado. Buenos Aires, 22 de agosto de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2014.

Vistos los autos: “Rodríguez María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

1°) Que María Belén Rodríguez promovió demanda de daños y perjuicios contra *Google Inc.* (Google) -después ampliada contra *Yahoo de Argentina SRL* (Yahoo)- en la que sostenía que se había procedido al uso comercial y no autorizado de su imagen y que, además, se habían avasallado sus derechos personalísimos al habérsela vinculado a determinadas páginas de Internet de contenido erótico y/o pornográfico. Pidió también el cese del mencionado uso y la eliminación de las señaladas vinculaciones (fs. 60/87 y 124/127).

2°) Que la sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y consideró que las demandadas habían incurrido en negligencia culpable “al no proceder a bloquear o impedir de modo absoluto la existencia de contenidos nocivos o ilegales perjudiciales a los derechos personalísimos de la actora, a partir de serles comunicada la aludida circunstancia” (fs. 1366 vta./ 1367). Condenó a Google a pagar \$ 100.000 y a Yahoo \$ 20.000, disponiendo “la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico” (fs. 1370).

3°) Que apelado el fallo por todas las partes, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil lo revocó parcialmente (fs. 1793/1823). El a quo rechazó el reclamo contra Yahoo y lo admitió contra Google, reduciendo -en este último caso- la indemnización a la suma total de \$ 50.000, al tiempo que dejó sin efecto el pronunciamiento de primera instancia en cuanto éste disponía la eliminación de las mencionadas transcripciones (ver considerando 2° *in fine*).

Para así decidir, el a quo optó por encuadrar la eventual responsabilidad de los llamados “motores de búsqueda” (como Google y Yahoo) en el ámbito de la responsabilidad subjetiva y descartó que pudiera

aplicarse el art. 1113 del Código Civil en la parte que alude al “riesgo” (fs. 1807/1813 vta.).

4°) Que la cámara señaló que la actora no había intimado extrajudicialmente a las demandadas sino que había pedido y obtenido -directamente- medidas cautelares (fs. 1813 vta.).

A continuación, el a quo analizó las constancias de autos, para concluir que “no se ha acreditado que las demandadas, frente a una notificación puntual de la actora que haya dado cuenta de la existencia de contenidos lesivos para sus derechos en determinados sitios, hayan omitido bloquearlos, con lo cual no se encuentra probada su negligencia en los términos del art. 1109 del Código Civil” (fs. 1815 vta.). Revocó el fallo, por lo tanto, en este punto, en cuanto condenaba a Google y a Yahoo.

5°) Que la cámara condenó, sin embargo, a Google, en el tema relativo a los llamados *thumbnails* que contenían la imagen de la actora, por entender que Google debía haber requerido el consentimiento de aquélla, de acuerdo a lo impuesto por el art. 31 de la ley 11.723 (fs. 1815 vta./1817 vta.).

Por fin, el a quo estimó que el eventual damnificado debe notificar puntualmente al “buscador” sobre la existencia de contenidos nocivos en una página web determinada y ello “no admite, por consiguiente, una orden genérica de la extensión de la contenida en la sentencia”, por lo que esta última fue revocada en ese punto (fs. 1820).

6°) Que contra el fallo la parte actora y Google interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 1827/1848 y 1850/1868, respectivamente), los que fueron concedidos por la cámara solo en cuanto estaba en juego la inteligencia de derechos de raigambre constitucional y los denegó por la causal de arbitrariedad invocada (fs. 1930/1931). Contra esa concesión limitada, no se dedujeron recursos de queja.

7°) Que, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a una audiencia pública de carácter informativo que se desarrolló durante los días 21 y 29 de mayo del corriente año, en la cual las representaciones letradas de cada una de las partes fueron interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y los instrumentos incorporados al expediente.

8º) Que los recursos son formalmente admisibles en tanto existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria en los términos del inciso 3º del artículo 14 de la ley 48, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y la decisión impugnada es contraria a los derechos que las recurrentes pretenden sustentar en aquéllas.

Cabe recordar, además, que en la tarea de esclarecer la inteligencia de cláusulas del carácter antes señalado, esta Corte no se encuentra limitada por las posiciones de la cámara ni las de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (conf. Fallos: 323:2054; 325:1194; 326:3038, 4711; 327:1220; entre otros).

9º) Que, en primer término, corresponde precisar los derechos que se encuentran en conflicto en el presente caso: por un lado, la libertad de expresión e información y, por el otro, el derecho al honor y a la imagen.

10) Que la libertad de expresión comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de Internet. Así ha sido reconocido por el legislador nacional al establecer en el artículo 1º de la ley 26.032 que “[l]a búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”.

En este sentido, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos ha dicho “que la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación” y ha agregado que “los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres” (“Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet”, 1º de junio de 2011, puntos 1.a y 6.a, respectivamente).

También se ha señalado que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se aplica plenamente a las comuni-

caciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de Internet (Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet”, 29 de junio de 2012, párrafo 1º; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de Expresión e Internet”, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 31 diciembre de 2013, párrafo 2º).

Por su parte, la importancia del rol que desempeñan los motores de búsqueda en el funcionamiento de Internet resulta indudable. Así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al señalar que “la actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos” (conf. “Google Spain S.L. Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014).

11) Que desde este punto de vista, el derecho de expresarse a través de Internet fomenta la libertad de expresión tanto desde su dimensión individual como colectiva. Así, a través de Internet se puede concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar -o no hacerlo- sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. Desde el aspecto colectivo, Internet constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública.

Es por ello que se ha subrayado el carácter transformador de Internet, como medio que permite que miles de millones de personas en todo el mundo expresen sus opiniones, a la vez que incrementa significativamente su capacidad de acceder a la información y fomenta el pluralismo y la divulgación de información (conf. “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet”, citada *ut supra*, del 1º de junio de 2011). El acceso a Internet, debido a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo y sus principios de diseño descentralizado y abierto, posee un potencial inédito para la realización efectiva del derecho a buscar, recibir y difundir información en su doble dimensión, individual y colectiva (Comisión Interamericana de Derechos humanos, “Libertad de Expresión e Internet”, citado anteriormente, párrafo 36).

12) Que cabe recordar que esta Corte ha manifestado en reiteradas oportunidades la importancia de la libertad de expresión en el régimen democrático al afirmar que “[e]ntre las libertades que la Constitución consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría una democracia desmembrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa protege fundamentalmente su propia esencia contra toda desviación tiránica” (Fallos: 331:1530, entre otros).

También ha manifestado que la libertad de expresión no solo atañe al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento sino incluso al derecho social a la información de los individuos que viven en un Estado democrático (doctrina de Fallos: 306:1892; 310:508). Desde este punto de vista, la libertad de expresión se constituye en una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 5/85, párrafo 70 y casos “Herrera Ulloa”, párrafo 112; “Ricardo Canese”, párrafo 82; “Kimel”, párrafos 87 y 88; “Apitz Barbera y otros [“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”] vs. Venezuela”, sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafo 131; “Ríos vs. Venezuela”, sentencia del 28 de enero de 2009, párrafo 105; y “Perozo y otros vs. Venezuela”, sentencia del 28 de enero de 2009, párrafo 116) como sistema de autodeterminación colectiva por el cual los individuos toman las decisiones que fijan las reglas, principios y políticas públicas que regirán el desenvolvimiento de la sociedad política. Como lo ha manifestado la Corte Suprema de los Estados Unidos: “[s]e trata de la esencia misma del autogobierno” (“Garrison v. Louisiana”, 379 U.S. 64, 1964).

13) Que el derecho al honor se refiere a la participación que tiene el individuo dentro de la comunidad amparando a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir en su descrédito (Fallos: 331:1530, voto de la jueza Highton de Nolasco).

Por su parte, el derecho a la imagen integra el derecho a la privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Al respecto, esta Corte ha dejado claramente establecido que dicha norma otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin in-

terferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros.

Así, en Fallos: 306:1892 el Tribunal estableció que el citado artículo 19 "...protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen..." (en igual sentido, Fallos: 335:799).

14) Que así delimitada la cuestión, corresponde abordar la pretensión de la actora de que el caso sea juzgado de acuerdo a las reglas de la responsabilidad objetiva regulada en el artículo 1113 del Código Civil, por ser ésta la que mejor se compadece con la tutela de los derechos personalísimos que esgrime.

Corresponde hacer una afirmación liminar que inspirará el pronunciamiento de este Tribunal. Cuando -como en el caso de autos- el *thema decidendum* pone en juego normas del derecho común que tienen relación con derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, la interpretación que se haga de aquéllas debe ser la que mejor armonice con los citados derechos.

Así se expresó el Tribunal Constitucional Alemán en el paradigmático caso Lüth: "A partir de la importancia fundamental que tiene la libertad de expresión para el Estado democrático liberal, surge que no sería consecuente, desde el punto de vista de este sistema constitucional, dejar en manos de la ley común... toda relativización de este derecho fundamental. Antes bien, aquí también rige el prin-

cipio, que ya se ha mencionado antes, acerca de la relación de los derechos fundamentales con el ordenamiento del derecho privado: las leyes generales, en tanto tienen como efecto restringir un derecho fundamental, deben ser vistas e interpretadas a la luz del significado de ese derecho, de tal manera que quede en todos los casos salvaguardado el contenido axiológico fundamental de aquél” (BVerfGE, tomo 7, pags. 198 y 208).

En sentido similar, esta Corte ha expresado ya hace mucho tiempo que en materia de interpretación de las leyes debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados por la Constitución Nacional (Fallos: 200:180).

Y más recientemente, al señalar que la interpretación de un artículo del Código Civil debía adecuarse a la comprensión constitucional del derecho en juego, señaló que “[e]s un principio hermenéutico utilizado por este Tribunal desde sus primeros precedentes que de ese modo deben entenderse todos los preceptos del ordenamiento jurídico (Fallos: 255:192; 285:60; 299:93; 302: 1600), desde el momento en que esa integración debe respetar los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo (Fallos: 312:111; 314:1445)” (Fallos: 329:5266).

15) Que esta Corte adelanta su conclusión: no corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los “motores de búsqueda” de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa. Corresponde hacerlo, en cambio, a la luz de la responsabilidad subjetiva.

Los “motores de búsqueda” (*search engines*) son los servicios que buscan automáticamente en Internet los contenidos que han sido caracterizados por unas pocas “palabras de búsqueda” (*search words*) determinadas por el usuario. Su manera de funcionar los caracteriza como una herramienta técnica que favorece el acceso al contenido deseado por medio de referencias automáticas (Thibault Verbiest, Gerald Spindler, Giovanni M. Riccio, Aurélie Van der Perre, *Study on the Liability of Internet Intermediaries*, Noviembre 2007, pág. 86).

Esta última es la tendencia dominante en el derecho comparado.

Hay países que tienen legislación específica para regular problemas como los de autos y otros que, a falta de ella, recurren a los principios generales de la responsabilidad civil.

En unos y otros se afirma que los “buscadores” no tienen una obligación general de “monitorear” (supervisar, vigilar) los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web. Y, sobre esa base, se concluye en que los “buscadores” son, en principio, irresponsables por esos contenidos que no han creado.

La directiva europea 2000/31 EC establece en su artículo 15.1: “Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los arts. 12, 13 y 14”.

La legislación en Chile contiene una norma muy similar al transcrita artículo 15 de la directiva 2000/31 EC en cuanto sostiene que “[l]os prestadores de servicios referidos en los artículos precedentes no tendrán, para efectos de esta ley, la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien ni la obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas (art. 85 P. de la ley 17.336, modificada por la ley 20.345, de mayo del 2010).

16) Que a la inexistencia de una obligación general de vigilar le sigue -como lógico corolario- la inexistencia de responsabilidad.

Brasil, en su recientemente sancionada ley 12.965 sobre “Marco Civil de Internet” (abril de 2014), establece que los proveedores no son responsables civilmente por daños provenientes de contenidos generados por terceros (art. 18), lo que armoniza con la inexistencia de una obligación general de monitoreo.

España, en la ley 34 de 2002, dispone que, como principio, los prestadores que “faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de

sus servicios” (art. 17.1). También esta disposición concuerda con la inexistencia de una obligación de vigilancia.

En los Estados Unidos, el artículo 230 de la *Communications Decency Act* establece que ningún proveedor de servicios informáticos interactivos será tratado como editor o vocero de información proporcionada por otro proveedor de contenidos informativos.

En un informe para la Organización de las Naciones Unidas se expresó que nadie debiera estar sujeto a responsabilidad por un contenido en Internet del que no sea autor (Frank La Rue, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, O.N.U., mayo de 2011, pág. 20).

Diversas relatorías para la libertad de expresión de organizaciones internacionales emitieron una declaración conjunta en la que sostuvieron que, como principio, nadie que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet (acceso, búsqueda o conservación de información), deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de esos servicios y que no se deberá exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios (Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet; Organización de las Naciones Unidas, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, Organización de los Estados Americanos y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1º de junio de 2011).

Se ha dicho, gráficamente, que responsabilizar a los “buscadores” -como principio- por contenidos que no han creado, equivaldría a sancionar a la biblioteca que, a través de sus ficheros y catálogos, ha permitido la localización de un libro de contenido dañino, so pretexto que habría “facilitado” el daño. Más allá de que la sanción sería injusta, es muy probable que -de seguirse ese criterio “objetivo” de responsabilidad- terminarán cerrándose muchas bibliotecas, con gran perjuicio de los lectores (*Metropolitan International Schools Ltd. v. Google Inc.*, Court of Appeal-Queen’s Bench Division, Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL16-07-2009).

Otro tanto sucedería, sin duda, con los “buscadores” en Internet, de aplicarse igual criterio.

La pretensión de aplicar responsabilidad “objetiva” en este tema, es de una llamativa insustancialidad. Si a la vera de un camino se desarrolla una actividad ilícita -que, por hipótesis, debe ser condenada- no por eso puede sancionarse al responsable de la ruta que permite acceder al lugar, con el peregrino argumento de que hizo más fácil la llegada a aquél.

Lo expuesto resulta suficiente a efectos de desechar la aplicabilidad de un criterio “objetivo” de responsabilidad civil.

La libertad de expresión sería mellada de admitirse una responsabilidad objetiva que -por definición- prescinde de toda idea de culpa y, consiguientemente, de juicio de reproche a aquél a quien se endilga responsabilidad.

17) Que sentado lo expuesto, hay casos en que el “buscador” puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno: eso sucederá cuando haya tomado *efectivo conocimiento* de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente.

Así lo establecen los países que, como principio, consideran irresponsables a los *search engines*. A partir del momento del efectivo conocimiento del contenido ilícito de una página web, la “ajenidad” del buscador desaparece y, de no procurar el bloqueo del resultado, sería responsable por culpa.

En nuestro país, es el artículo 1109 del Código Civil el que correspondería aplicar en el señalado supuesto.

En el sub lite la cámara ha decidido que no hubo culpa cuando se trató de bloquear páginas indicadas por la actora, en el marco de la medida cautelar ordenada. Por la forma en que la instancia de esta Corte fue abierta, no es posible volver sobre la apuntada decisión.

18) Que, aunque no resulte necesario para resolver el presente caso, conviene que el Tribunal se expida, a modo de *obiter dictum* y como orientación, sobre un punto que merece diversas soluciones en el derecho comparado y acerca del cual no existe previsión legal. A los efectos del *efectivo conocimiento* requerido para la responsabilidad subjetiva, cabe preguntarse si es suficiente que el damnificado curse

una notificación privada al “buscador” o si, por el contrario, es exigible la comunicación de una autoridad competente.

En ausencia de una regulación legal específica, conviene sentar una regla que distinga nitidamente los casos en que el daño es manifiesto y grosero, a diferencia de otros en que es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento, lo que registra antecedentes en alguna legislación (artículo 16 del decreto-ley 7 de 2004 de Portugal).

Son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual. La naturaleza ilícita —civil o penal— de estos contenidos es palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento.

Por el contrario, en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, pero que exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, cabe entender que no puede exigirse al “buscador” que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces. Por tales razones, en estos casos corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada.

19) Que Google se agravia de la condena del a quo, en cuanto éste entendió que la existencia de *thumbnails* relativos a imágenes de la actora conllevaba la obligación de requerir el consentimiento de ésta.

El fallo recurrido caracteriza a los *thumbnails*, de esta manera: “el motor de búsqueda muestra una copia reducida, tanto en píxeles (resolución) como en bytes (tamaño del archivo), de la imagen original existente en la página encontrada [...] con expresa referencia y ligazón (links) al sitio web donde ella se ubica [...]. Ello es realizado por el motor de búsqueda para que las vistas miniaturizadas de la imagen original sean una referencia para el usuario de Internet, quien si pretende ver aquélla será direccionado a la página web del tercero en donde se encuentra alojada” (fs. 1816).

20) Que el *thumbnail* tiene, respecto de la imagen original “subida” a una página de Internet, una función de mero “enlace”. La misma que tiene el *snippet*, o pequeña porción del texto que contiene esa página. Dan idea al usuario del contenido de la página y le permiten decidir si accederá, o no, a aquélla. Obviamente, la imagen original y el texto original -“subidos” a la página web- son responsabilidad exclusiva del titular de aquélla, único creador del contenido.

Por eso no corresponde aplicar al “buscador de imágenes” y al de “textos” normas distintas. Ambos “enlazan” a contenidos que no han creado. En consecuencia, la cámara, cuando afirma que “el hecho de que la actora haya producido sesiones fotográficas para distintas revistas no impide que el empleo de esas fotografías sin su consentimiento en un medio distinto haya representado un daño moral resarcible” (fs. 1819), atribuye al “buscador de imágenes” (y a su resultado, el *thumbnail*) la impropia condición de “medio” que ha “empleado” la imagen. Esa condición, según la caracterización del *thumbnail* que la misma cámara ha dado, solo corresponde atribuirle -exclusivamente- al creador de la página web, que será quien deberá responder por la eventual utilización impropia.

21) Que las consideraciones precedentes evidencian que la decisión apelada resulta infundada en este punto, en tanto considera directamente aplicable al caso la prohibición contenida en el art. 31 de la ley 11.723 sin reparar en que no se juzga aquí la responsabilidad que podría atribuirse a una página de Internet -por la indebida publicación o reproducción de imágenes- sino a un mero intermediario cuya única función es servir de enlace con aquélla.

No debe perderse de vista que el servicio de imágenes constituye una herramienta de búsqueda automatizada que muestra -a través de

los denominados “*thumbnails*”- una copia reducida de las imágenes que existen en la web relacionadas con las palabras ingresadas y con expresa referencia al sitio en el que ellas se encuentran alojadas. De modo que la conducta que llevan a cabo los buscadores no es susceptible de ser encuadrada en la norma citada, pues consiste en una simple recopilación automática de vistas en miniatura que solo tiene por finalidad permitir a los usuarios acceder a las páginas de Internet que contienen las imágenes originales.

22) Que sin perjuicio de ello, y toda vez que, como se señaló, el servicio de imágenes está sujeto a las mismas normas que el de texto, los buscadores podrían incurrir en responsabilidad en los términos de la citada disposición si, una vez notificados válidamente de la infracción, no actuaran con la debida diligencia.

23) Que, finalmente, corresponde tratar el agravio de la recurrente dirigido a cuestionar la sentencia del a quo en cuanto dejó sin efecto el pronunciamiento de primera instancia que había decidido disponer la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, la imagen y las fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico a través de Google.

Para así decidir, la cámara entendió que el establecimiento de filtros por parte de Google que debían incluir uno o más términos y la eventual conexión entre ellos, conllevaba un problema en tanto “la exclusión de determinadas palabras puede pecar por exceso (por ejemplo, eliminando también el acceso a páginas referidas a homónimos) o por defecto (porque pueden quedar fuera otros contenidos agraviantes en los que se expresan similares conceptos mediante el empleo de palabras distintas” (fs. 1812 vta.).

24) Que tal como se encuentra planteado por la recurrente, el presente agravio conduce a examinar la posibilidad de establecer, en supuestos como el sub lite, una condena que obligue a Google a fijar filtros o bloqueos de vinculaciones para el futuro. Es decir, se trata de determinar si, en casos en los que está en juego la libertad de expresión, resulta procedente la tutela preventiva con el objeto de evitar que se produzca la repetición de la difusión de información lesiva para los derechos personalísimos de un sujeto.

25) Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa en su artículo 13, inciso 2º que: “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente [derecho a la libertad de pensamiento y de expresión] no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás...”.

26) Que en esa línea esta Corte ha requerido que toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva (conf. doctrina de Fallos: 316:1623) y que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad (conf. doctrina Fallos: 315:1943, considerando 10). Es por ese motivo que a lo largo de los precedentes referidos al derecho constitucional a la libertad de expresión, este Tribunal se ha inclinado, como principio, a la aplicación de las responsabilidades ulteriores a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión delitos penales o actos ilícitos civiles (conf. doctrina de Fallos: 119:231; 155:57; 167:121; 269:189; 310:508, entre muchos otros).

Ello es así ya que, tal como lo manifestara el juez Fayt en su voto en Fallos: 324:975, la jurisprudencia del Tribunal ha sido consecuente con el principio rector según el cual el derecho de prensa goza en nuestro ordenamiento de una posición privilegiada. Y esto no podría ser de otro modo, puesto que la sociedad contemporánea respira a través de la información y de la comunicación, de modo tal que en un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso (Alexis de Tocqueville, “La democracia en América”, traducción de Luis R. Cuéllar, F.C.E., México, 1957, págs. 202 y sgtes.).

27) Que, en este aspecto, es interesante tener presente la doctrina constitucional de los Estados Unidos, pues al margen de las diferencias que se observan en los textos fundamentales, no puede discutirse su autoridad paradigmática en la interpretación del modelo democrático y del ejercicio de las libertades que le son inherentes. Así, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha manifestado que cualquier sistema de restricciones previas tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad (“Freedman v. Maryland”, 380 U.S. 51, 1965; “Carroll v. President and Commissioners of Princess Ann”, 393 U.S. 175, 1968; “Bantam Books, Inc. v. Sullivan”, 372 U.S. 58, 1971;

“Organization for a Better Austin et al. v. Keefe”, 402 U.S. 4315, 1971; “Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad”, 420 U.S. 546, 1976).

28) Que el principio expuesto solo podría ceder frente a supuestos absolutamente excepcionales, tal como lo reconoció la Corte en el citado precedente de Fallos: 324:975. Allí el Tribunal dispuso una medida de tutela preventiva por la cual prohibió la publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de un menor que en un juicio civil en trámite reclamaba el reconocimiento de la filiación de su presunto padre. Dicha medida se fundó en la protección judicial del interés superior del menor en tanto la difusión masiva de su nombre podía causar, por su vulnerabilidad y conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en su desenvolvimiento psicológico y social. Es decir, se tuvo en cuenta para justificar la medida de tutela preventiva que se trataba de un juicio filiatorio –de derecho de familia y de carácter reservado–, que estaban en juego los derechos personalísimos de un menor y que éste contaba con menos herramientas que el adulto para sobreponerse a la afectación que a su intimidad se causara, lo que obligaba a reflexionar con especial cuidado acerca de la eficacia de reparaciones ulteriores. A su vez, la medida se ciñó estrictamente a lo que resultaba indispensable (prohibición de divulgar el nombre del menor) para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa.

29) Que en tales condiciones el agravio de la recurrente debe ser desestimado en este punto, en tanto no ha siquiera invocado que el caso justifique apartarse de los principios que se desprenden de la jurisprudencia de este Tribunal en la materia.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se desestima el recurso extraordinario de la actora y se hace lugar al deducido por Google, revocando parcialmente la sentencia apelada y rechazando la demanda en todas sus partes (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Costas de todas las instancias por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia parcial*)— ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia parcial*)— E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS
LORENZETTI Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS
MAQUEDA

Considerando:

1°) Que María Belén Rodríguez promovió demanda contra Google Inc. y contra Yahoo de Argentina S.R.L. con fundamento en los siguientes hechos. Alegó que se desempeña como modelo profesional y actriz con un amplio reconocimiento público y que, precisamente, por el despliegue de su actividad, el uso de su imagen le resulta de vital importancia. Señaló, asimismo, que comprobó, ingresando a los servicios de los buscadores que gestionan las demandadas, que su nombre, fotografías e imágenes resultaban expuestas sin su consentimiento o autorización y que, en muchos casos, además, aparecían vinculados a sitios de internet de contenido sexual, pornográfico y de otras actividades vinculadas con el tráfico sexual. Puntualizó, que conforme a las probanzas acompañadas a la medida cautelar que promovió, se desprende que si se realiza una búsqueda a través de los servicios de las demandadas se obtiene como resultado una serie de enlaces a diferentes sitios de la web que la vinculan con actividades sexuales agraviantes para con su persona e incompatibles con su forma de vida y conducta. Dijo, concretamente, que si no fuera por la posibilidad que dichos buscadores brindan a los titulares de esas páginas web, de difundir su actividad a través de sus motores de búsqueda, el daño provocado sería sensiblemente menor, o prácticamente nulo ya que, en dicho caso, pocos la vincularían con dichos sitios y contenidos. Por lo tanto, el desprestigio sufrido obedeció a la directa vinculación que se realiza de su nombre a los referidos sitios de internet.

Adujo, además, que las demandadas realizan, en sus respectivos sitios de internet, un uso indebido de su imagen y fotografías profesionales dado que, es realizado sin el consentimiento del titular que contempla el artículo 31 de la ley 11.723, y sin que, alternativamente, se dé en la especie ninguna de las justificaciones de interés general que contempla el segundo párrafo de la norma.

2°) Que la demanda presentada por la actora contiene cuatro pretensiones diferentes: a) la reparación del daño causado a su honor, su nombre, su intimidad y su imagen al relacionársela arbitrariamente con páginas de internet vinculadas a contenidos pornográficos; b) el

resarcimiento económico por el uso de su imagen sin autorización y de modo indebido; c) el cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen y nombre; d) la eliminación definitiva de toda vinculación de su imagen y nombre con los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico invocados, que se realizan a través de los buscadores que gestionan las demandadas.

3º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, al revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, rechazó el reclamo contra Yahoo y lo admitió parcialmente contra Google.

Para así decidir, respecto de la primera pretensión de la actora, el tribunal a quo optó por encuadrar la eventual responsabilidad de los llamados “motores de búsqueda” (como Google y Yahoo) en el ámbito de la responsabilidad subjetiva y descartó que pudiera aplicarse el art. 1113 del Código Civil en la parte que alude al “riesgo” (fs. 1807/1813 vta.).

Sostuvo que la responsabilidad civil de los “motores de búsqueda” encuentra su fundamento en la culpa y surge cuando, ante a un reclamo específico de la víctima, la empresa omite adoptar las medidas conducentes para su efectiva solución, ya que, debido al modo en que funcionan los buscadores, resulta imposible hacerlo en forma previa, de modo general e indeterminado. Afirmó que, en el caso, la actora no había realizado dicho reclamo, promoviendo una medida judicial cautelar frente a la cual la demandada respondió corrigiendo según lo peticionado, con lo cual —entendió— no se encontraba probada culpa alguna. Revocó, por lo tanto, el fallo en este punto, en cuanto condenaba a Google y a Yahoo.

Con relación a la segunda pretensión articulada, la cámara condenó a Google, en el tema relativo a los llamados “*thumbnails*” que contenían la imagen de la actora, por entender que debía haber requerido el consentimiento de aquélla, de acuerdo a lo impuesto por el art. 31 de la ley 11.723 (fs. 1815 vta./1817 vta.).

Finalmente, el a quo rechazó las pretensiones referidas al cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado de su imagen y nombre, como así también, de eliminar todo vínculo de éstos con los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico invocados, que se realizan a través de los buscadores que gestionan las demandadas, revocando la

decisión de primera instancia que la había admitido. Entendió que el eventual damnificado debe notificar puntualmente al “buscador”, en cada caso y por cualquier medio, sobre la existencia de contenidos nocivos en una página web determinada y solicitar su bloqueo, pues ello “no admite, por consiguiente, una orden genérica”.

4°) Que contra el fallo la parte actora y Google interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 1827/1848 y 1850/1868), los que fueron concedidos por la cámara solo en cuanto estaba en juego la inteligencia de derechos de clara raigambre constitucional, con expresa denegación de aquella parte en la que se invocaba la arbitrariedad del pronunciamiento (fs. 1930/1931). Contra esa concesión limitada, no se dedujeron recursos de queja.

5°) Que, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a una audiencia pública de carácter informativo que se desarrolló durante los días 21 y 29 de mayo del corriente año, en la cual las representaciones letradas de cada una de las partes fueron interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y los instrumentos incorporados al expediente.

6°) Que los recursos extraordinarios resultan formalmente procedentes en los términos del art. 14 de la ley 48, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia brindada por el a quo a normas de derecho federal, pues, en la causa, se encuentran en juego tanto derechos personalísimos de raigambre constitucional como, por el otro lado, la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Asimismo, al encontrarse en discusión el alcance de derechos y garantías constitucionales, corresponde señalar que la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto en disputa (Fallos: 311:2553; 314:529; 321:861, entre otros).

7°) Que, para una mejor comprensión, corresponde precisar las partes y los derechos que se encuentran en conflicto en el presente caso. Por un lado, la actora María Belén Rodríguez, quien se desempeña como modelo profesional y artista, sustentó sus pretensiones en la violación a los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen, en tanto se la vinculó e incluyó en páginas de internet de contenido sexual, erótico y pornográfico que en nada se compadecerían con su ac-

tividad profesional. Por el otro, la demandada recurrente Google Inc., en su carácter de proveedora de un “motor de búsqueda” en internet, ha fundado su posición en el derecho a la libertad de expresión.

8°) Que, a los fines de abordar los agravios planteados, corresponde señalar que, en ausencia de una regla de derecho determinada que prevea una solución específica, el razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley como los invocados por las partes.

Esta valoración, además, no puede arribar a una solución que consagre derechos constitucionales absolutos y debe efectuarse teniendo en cuenta que constituye una pauta elemental de aquella tarea hermenéutica, que los derechos consagrados en la Constitución deben ser interpretados armónicamente, de modo que unos no excluyan a otros (conf. Fallos: 264:94; 272:231; 290:83; 297:201; 300:700; 304:319 y 1524 entre otros).

9°) Que sentado ello, es preciso indicar que este Tribunal ha afirmado que la libertad de expresión que consagran los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y el art. 13, inc. 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección” (Fallos: 316:703; 335:2393 y “CIPPEC c/ EN M° Desarrollo Social dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986”, fallada el 26 de marzo de 2014).

Asimismo, esta Corte Suprema siempre ha resaltado el valor que tiene la libertad de expresión en las sociedades democráticas, dándole un lugar preeminente para el desenvolvimiento institucional de la República (Fallos: 248:291; 315:1943; 320:1972; 321:2250; 332:2559 y causa S.755.XLVI “Sujarchuk, Ariel Bernardo c/ Warley, Jorge Alberto s/ daños y perjuicios”, sentencia del 1° de agosto de 2013, entre otros).

10) Que por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión al describir sus dimensiones individual y social (confr. Fallos: 335:2393 y causa “Sujarchuk” y “CIPPEC” anteriormente citadas).

En efecto, ha señalado que quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión en una sociedad democrática tiene una dimensión individual y una dimensión social: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (conf. OC-5/85 “La Colegiación Obligatoria de Periodistas” del 13 de noviembre de 1985, párr. 30 y casos “Kimel vs. Argentina”, sentencia del 2 de mayo de 2008, párr. 53; “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 64; “Ivcher Bronstein vs. Perú”, sentencia del 6 de febrero de 2001, párr. 146; “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 108 y “Ricardo Canese vs. Paraguay”, sentencia del 31 de agosto de 2004, párr. 77).

11) Que la ley 26.032 dispone que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión” (art. 1°), lo que constituye una calificación ineludible del legislador.

12) Que en efecto, habida cuenta del alcance global que tiene la internet, que permite que una cantidad incalculable de personas en todo el mundo expresen sus opiniones y vuelquen información respecto de múltiples temas y que, a su vez, aumenta de manera significativa la capacidad de buscar y acceder a esa información, quienes realizan la actividad de facilitar dicha búsqueda y/o difusión en la red cumplen un rol esencial dentro de la libertad de expresión, pues potencian el ejercicio de su dimensión social.

En este mismo sentido, recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que “la actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos” (conf. “Google Spain SL, Goo-

gle Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014).

Así también lo expresa la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe del año 2013 al señalar que en la actualidad, el derecho a la libertad de expresión encuentra en Internet un instrumento único para desplegar, incrementalmente, su enorme potencial en amplios sectores de la población (conf. volumen II, Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, pág. 495, párr. 10).

13) Que, del conjunto de las consideraciones precedentes se desprende que, en primer lugar, la actividad de la demandada en tanto proveedora del servicio de motores de búsqueda constituye una actividad lícita basada en el ejercicio de la libertad de expresión constitucionalmente protegida. Segundo, que la libertad de expresión es un principio fundamental del ordenamiento constitucional, y que corresponde la carga argumentativa y probatoria a quien invoca una eventual restricción.

14) Que aclarado ello, cabe concluir que en la medida en que la actividad de la demandada constituya el ejercicio regular del derecho a la libertad de expresión, por sí sola, no puede constituir como ilícito ningún acto.

Por lo tanto, para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil, resulta insoslayable verificar la existencia de un daño injustamente causado por un comportamiento imputable al autor. Ello es así, entre otras razones, porque no existe en nuestro ordenamiento -como tampoco en la experiencia del derecho comparado- un deber genérico de resarcir ante la sola materialización de un perjuicio (arg. Fallos: 316:1623, considerando 10).

15) Que para tal fin, previamente, conviene reseñar de modo sucinto, en lo que aquí interesa, el funcionamiento de los motores de búsqueda como el que provee la demandada recurrente.

En tal sentido, cabe recordar, atendiendo a las constancias de la causa, que los denominados buscadores de internet son intermedarios entre los usuarios y los sitios que existen en la red, no crean la información disponible en ella, sino que la recorren e indexan auto-

máticamente, mediante el empleo de una tecnología basada en programas informáticos.

De ese modo, prestan un servicio que permite a cualquier usuario conectado a internet, tras ingresar una o varias palabras en el buscador, recibir como respuesta una lista ordenada de sitios de la red que están vinculados, según criterios predeterminados de indexación de los contenidos, a las preferencias del usuario según las palabras con las que orientó su búsqueda (fs. 640 vta. y 667).

La mentada indexación previa de los contenidos, es realizada – como se dijo- en forma automática a través del empleo de diversas herramientas tecnológicas que, constantemente, buscan información en millones de sitios de la red de internet, para luego indexarla y almacenarla de acuerdo a parámetros predeterminados por los que administran el software respectivo (fs. 654 vta.).

Por lo general, los buscadores proveen, sin modificarlos y automáticamente (fs. 654 vta.) contenidos de los sitios que pertenecen a terceros (fs. 641 y 653 vta.) los cuales, por otra parte, como consecuencia de la dinámica propia de la red, sufren permanentes alteraciones.

16) Que, conforme a estos hechos, cabe adentrarse en el examen de las condiciones necesarias para atribuir una eventual responsabilidad por los perjuicios que pudieran ocasionar la actividad de la demandada al efectuar una vinculación, a través de los buscadores en la red, que menoscabe derechos personalísimos como el honor, la imagen o la intimidad.

17) Que, en las condiciones actuales del desarrollo tecnológico expuestas en este caso, esa actividad no permite prevenir, de manera genérica y sin una notificación o reclamo previo del interesado, eventuales daños a terceros.

En efecto, basta con atender al funcionamiento de los motores de búsqueda antes referido, particularmente a las características de los procesos necesarios que se deben realizar para concretar la búsqueda y posterior indexación de la información disponible en la red, como para descartar que la demandada se encuentre en condiciones técnica y jurídica de evitar, de forma generalizada y anticipadamente, eventuales resultados lesivos.

Ello es así porque, aun en el supuesto de que por hipótesis fuera técnicamente viable –lo que no ha sido fehacientemente demostrado en la causa–, subsistiría no obstante una imposibilidad de orden jurídico para determinar, *prima facie*, la ilicitud de la publicación de la información que realizan terceros (con excepción de aquellos supuestos de palmaria ilicitud).

En efecto, resulta imposible determinar *a priori*, mecánicamente, si la vinculación a una información o a un determinado contenido reúne, en el caso concreto, los requisitos de un comportamiento lesivo.

No puede desconocerse, que el daño a la imagen u otro derecho personalísimo depende también de cada persona, física o jurídica y de las circunstancias del caso. En algunos supuestos, la conexión de una imagen personal con páginas de contenido diferente puede ser perjudicial, mientras que, en otros, puede ser beneficioso, como un modo de publicidad o de llamar la atención en algún tema específico.

18) Que, en consecuencia, la mera actividad de indexar los contenidos publicados por terceros para ser ofrecidos a los usuarios del servicio del buscador, se encuentra dentro del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la difusión de información, conformando una actividad lícita que excluye, *a priori*, un comportamiento antijurídico base –como se dijo– de un eventual deber de responder.

19) Que la actora ha invocado que se trata de una actividad riesgosa como elemento autosuficiente para fundar la responsabilidad. En primer lugar, cabe señalar que el riesgo es un factor de atribución, es decir, un elemento que requiere, en caso de existir, de los otros presupuestos del deber de responder que no se dan en el caso. En segundo lugar, no resulta posible afirmarlo en nuestro ordenamiento, toda vez que la mera conexión o indexación no produce, por sí misma, ningún riesgo para terceros y los daños que puedan causarse son específicos y determinados, como se verá más adelante. En tercer lugar, tampoco en el nuevo Código Civil y Comercial (sancionado por la ley 26.994) ni en ninguna otra fuente existen elementos como para proceder a una calificación de este tipo que avale el agravio de la accionante. Por último, establecer un régimen de responsabilidad objetiva en esta actividad conduciría, en definitiva, a desincentivar la existencia de los “motores de búsqueda”, que cumplen un rol esencial en el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en internet.

20) Que despejada la posibilidad de atribuir responsabilidad objetiva, cabe especificar aquellos supuestos en los cuales corresponde imputar responsabilidad a la actividad desplegada por los motores de búsqueda.

21) Que en primer lugar, se configura un comportamiento antijurídico por parte del buscador cuando, con relación al material o a la información provenientes de terceros que han sido indexados y ofrecidos a los usuarios, toma un conocimiento efectivo de que está causando un perjuicio individualizado y, no obstante ello, no adopta las medidas necesarias como para corregir o hacer cesar dicha situación lesiva de la esfera jurídica ajena.

Ello es así por cuanto, en supuestos como el de autos, para que se configure su participación antijurídica en la producción del evento lesivo se requiere, por un lado que el buscador tenga efectivo conocimiento de la ilicitud de la vinculación que un tercero efectúa respecto del nombre o imagen de una persona en una página web, y por el otro que, pese a ello, omite eliminar el enlace que asocia al nombre o la imagen del damnificado con la página en cuestión.

En consecuencia, excepto que el contenido de la publicación sea expresamente prohibido o resulte una palmaria ilicitud (por ej. la incitación directa y pública al genocidio, la pornografía infantil), en los demás casos, el proveedor de servicios de búsqueda resulta responsable cuando, teniendo un conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remite o recomienda causa un perjuicio individualizado, no actúa con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

22) Que el segundo supuesto de ilícito se configura cuando la actividad de empresas que explotan los motores de búsqueda en internet, como la que realiza la demandada, se aparta de la mera intermediación de los contenidos y asume, mediante diversas modalidades posibles, una actuación activa con respecto a ellos.

Esa situación se presenta, principalmente, cuando apartándose de la actividad de mero “enlace” con los contenidos de terceros, procede a editarlos, modificarlos, o directamente a crearlos, en cuyo caso, tanto el deber de control sobre la información como la eventual responsabilidad por la lesión que ésta pueda producir a terceros, deben ser

analizados con arreglo a las reglas de la responsabilidad civil conocidas para este tipo de actividad, según las circunstancias que resulten relevantes en el caso concreto.

23) Que las pautas enunciadas para configurar la responsabilidad son, aun con diferentes matices, las que resultan aceptadas en las legislaciones que se han dictado en el derecho comparado.

En tal orden, cabe mencionar en Brasil a la ley 12.965 sancionada el 23 de abril de 2014 (arts. 18 y 19); en Chile a la ley 17.336, modificada por la ley 20.345 (art. 85 y cc.); en los Estados Unidos de América a la *Communications Decency Act of 1996*, Sección 230 (CDA), sin perjuicio de la aplicación, según el caso, de la *Digital Millenium Copyright Act* del año 1998; en Canadá a la ley de modernización sobre derechos de autor concretada por el Parlamento el 29 de junio de 2012 (art. 35 —31.7—, 47 —41.25 y 41.27—). En la misma línea, sobre la base de la Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000, se ubican el Decreto legislativo italiano n° 70 del 9 de abril de 2003 (art. 17, inc. 3°); la ley española sobre los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico n° 34/2002 (art. 17); la E-Commerce-Gesetz austriaca (§ 14); el Decreto-Lei n° 7/2004 de Portugal (arts. 11, 12 y cc.); la ley 2002 No. 2013 “Electronic communications. The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002” del Reino Unido (arts. 17, 18 y conc.); entre otras normas que conforman un cuadro inequívoco sobre la cuestión.

24) Que de lo expuesto se desprende con toda claridad que la actividad de los buscadores de internet, consistente en indexar y facilitar enlaces a contenidos de terceros, constituye un ejercicio regular de la libertad de expresión que no origina responsabilidad civil, excepto en los supuestos antes mencionados.

25) Que, como concluyó acertadamente el a quo, en el presente caso la actora no acreditó haber cursado ningún reclamo extrajudicial dirigido a las demandadas con el propósito de identificar las páginas indexadas que le producían el perjuicio invocado. Por otro lado, cuando promovió medidas judiciales y las notificó a las accionadas, éstas cumplieron con los mandatos. En efecto, cada vez que Google fue puesto en conocimiento efectivo de la existencia de contenidos lesivos y se le proporcionaron datos precisos respecto de las páginas que vinculaban a la demandante con contenidos de índole sexual, erótica o pornográ-

fica, procedió a bloquearlos, razón por la cual, de conformidad con los parámetros expuestos en los considerandos anteriores, no cabe endilgar responsabilidad alguna.

Tampoco se ha demostrado ninguna intervención activa por parte de la demandada con relación a los contenidos ilícitos que excediera de la mera indexación, por lo que tampoco se puede, aun bajo este aspecto, imputarle responsabilidad.

Como consecuencia de lo dicho, corresponde rechazar los agravios de la demandante enderezados a cuestionar lo resuelto por el a quo en su primera pretensión.

26) Que la segunda pretensión de la actora fue el resarcimiento económico por el uso de su imagen sin su consentimiento y de modo indebido, que fuera recogida parcialmente por la cámara y que motiva el agravio respectivo de Google.

El a quo consideró que la existencia de *thumbnails* relativos a imágenes de la actora conlleva la obligación de requerir el consentimiento de ésta.

El fallo recurrido caracteriza los *thumbnails*, de esta manera: "el motor de búsqueda muestra una copia reducida, tanto en píxeles (resolución) como en bytes (tamaño del archivo), de la imagen original existente en la página encontrada [...] [con expresa referencia y ligazón (links) al sitio web donde ella se ubica [...]]. Ello es realizado por el motor de búsqueda para que las vistas miniaturizadas de la imagen original sean una referencia para el usuario de internet, quien si pretende ver aquélla será direccionado a la página web del tercero en donde se encuentra alojada" (fs. 1816).

27) Que con relación a este aspecto existen dos posiciones encontradas. La primera, defendida por la demandada, sostiene que la función del *thumbnail* es de mero "enlace", siendo una mera referencia sobre contenido de la página web que se indexa que permite al usuario decidir si accederá, o no, a aquélla. Por lo tanto, cumple una función únicamente referencial del contenido original de la página, que es de responsabilidad exclusiva del titular de ésta. Por eso, siendo ambos casos sustancialmente análogos, corresponde aplicar al "buscador de

imágenes” y al de “textos” las mismas normas. Ambos “enlazan”, en definitiva, a contenidos creados por terceros.

La segunda postura -que fue el criterio seguido por la cámara- considera que a través de los *thumbnails* los buscadores utilizan, almacenan y reproducen, mediante una copia reducida, imágenes publicadas por terceros, con la posibilidad incluso –según reveló la pericia de autos- de ser descargadas o impresas desde el propio sitio web de Google (fs. 1816 vta./1817 vta.). En este aspecto –sostuvo el a quo- “el hecho de que la actora haya producido sesiones fotográficas para distintas revistas no impide que el empleo de esas fotografías sin su consentimiento en un medio distinto haya representado un daño moral resarrible” (fs. 1819).

28) Que frente a las posiciones referidas, cabe concluir que en el derecho argentino vigente es ineludible acudir al artículo 31 de la ley 11.723, que establece claramente la exigencia del consentimiento del titular del derecho personalísimo para la publicación de su imagen. La aplicación referida, por lo demás, deviene clara ante la ausencia de distinción en la norma sobre el medio que se emplea.

En función de ello, es pertinente reafirmar que, como ha dicho este Tribunal, de una exégesis de la ley 11.723 se extrae que el legislador ha prohibido como regla la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, que solo cede si se dan específicas circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho (Fallos: 311:1171, considerando 4°; 335:2090).

En tal orden de ideas, dado que el caso no presenta particularidades que configuren la excepción a la regla mencionada, cabe rechazar el agravio de la demandada, confirmando, en este aspecto, la decisión del a quo.

29) Que, finalmente, corresponde examinar las pretensiones de la actora para que se condene a la emplazada a eliminar las vinculaciones existentes de su nombre, imagen y fotografías con sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico y para que se le prohíba establecerlos en el futuro. Estas pretensiones fueron rechazadas en el fallo recurrido sobre la base de que no puede admitirse un pedido genérico de detección y retiro de ciertos contenidos, cualquiera sea el sitio en el que se encuentren (fs. 1812 vta.).

30) Que con relación a la eliminación de vinculaciones ya existentes que afectan al nombre, imagen, honor e intimidad de la actora cabe señalar que lo que por esta vía se pretende es una tutela judicial de un derecho personalísimo que resulta compatible con la libertad de expresión.

Tal pretensión resulta admisible, siempre y cuando, para un adecuado balance de los intereses en juego, se identifique con precisión cuáles son los enlaces asociados a su persona y se compruebe el daño que la vinculación ocasiona. Así delimitada, la tutela constituye un tipo de reparación ulterior y evita toda generalización que pueda afectar a la libre circulación de ideas, mensajes o imágenes y con ello, a la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Este derecho, ejercido con relación a los gestores de los motores de búsqueda, ha tenido también reconocimiento en un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C/131/1213 del 13 mayo de 2014).

En consecuencia, la actora tiene derecho a solicitar a la demandada que elimine aquellas vinculaciones entre su persona y ciertos sitios web de contenido sexual, erótico y pornográfico que haya identificado en forma precisa.

31) Que, asimismo, cabe considerar la procedencia de una tutela preventiva -ante una amenaza cierta de daño- orientada tanto a eliminar otros enlaces existentes -no identificados- que vinculen el nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico, como a evitar que en el futuro se establezcan nuevas vinculaciones de la mismas características, todo ello con el objeto de prevenir que se produzca la repetición de la difusión de información lesiva de los derechos personalísimos de la actora.

Sobre este punto, cabe dejar en claro que la libertad de expresión que protege a quienes realizan la actividad de buscadores en internet no es incompatible con la responsabilidad civil en su aspecto preventivo.

En ese orden de ideas, y atendiendo al principio general de prevención del daño, es posible sostener que toda persona tiene el

deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado y de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud.

En consecuencia, frente a situaciones como la planteada en autos, es posible reconocer una acción judicial que permita solicitar la eliminación o bloqueo de enlaces que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos y que también posibilite requerir que, acorde con la tecnología disponible, los “motores de búsqueda” adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos.

32) Que esta acción de tutela sustancial inhibitoria –receptada en el derecho comparado- resulta admisible en el derecho argentino.

Ello así pues, más allá que su operatividad pueda deducirse con base en una interpretación extensiva de específicas regulaciones legislativas, lo cierto es que desde una perspectiva que asegure el pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, la verdadera garantía de los derechos y bienes fundamentales consiste precisamente en su protección procesal a los fines de hacerlos efectivos.

En esa inteligencia, esta Corte ha afirmado –con base en señeros precedentes- que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291; 315:1492 y 332:111).

33) Que, atendiendo a los intereses involucrados, la sentencia que hace lugar a una acción preventiva debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la proporcionalidad y la eficacia en la obtención de la finalidad.

Este mandato preventivo, que persigue evitar la repetición, agravamiento o persistencia de daños, resulta factible y en modo alguno puede confundirse con la imposibilidad aludida en el considerando 17, habida cuenta que, para su concreción, el afectado o amenazado en su

derecho, debe suministrar, de acuerdo a las circunstancias del caso, los pautas de identificación necesarias para su concreción.

34) Que esta tutela preventiva –valga aclararlo- es autónoma de la resarcitoria y no condicionada a la procedencia de ésta ni al ejercicio de una pretensión adicional de condena por los perjuicios ya inferidos.

Por el contrario, mediante esta vía resulta posible que una vez corroborada la existencia de vinculaciones que claramente lesionan derechos personalísimos de una persona, esta pueda requerir judicialmente a los “motores de búsqueda” que, acorde con la tecnología disponible, adopten las medidas necesarias tanto para suprimir la vinculación del damnificado con enlaces existentes de idénticas características como para evitar que en el futuro se establezcan nuevos vínculos de igual tipo.

De esta forma, la protección preventiva opera con independencia de una nueva efectiva configuración del daño en la esfera jurídica del titular, pues la sola amenaza causalmente previsible del bien jurídico tutelado habilita su procedencia.

35) Que, todo lo hasta aquí expuesto, es suficiente para descalificar el fallo apelado en este punto, resultando procedente, por lo tanto, la condena en el sentido apuntado, la que deberá adecuarse y asegurarse de acuerdo a las circunstancias del caso en la etapa de ejecución correspondiente, para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente procedentes los recursos extraordinarios y se revoca parcialmente la sentencia apelada con el alcance que resulta de lo expresado (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Con costas por su orden en atención al modo en que se resuelve (art. 68, 2° párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recursos extraordinarios interpuestos por **María Belén Rodríguez**, patrocinada por los Dres. **Adolfo Martín Leguizamón Peña** y **Alejandro Arauz Castex**; **Google Inc.**, representado por el Dr. **Arnaldo Cisilino**.

Traslados contestados por **Google Inc.**, representado por el **Dr. Arnaldo Cisilino**; por **Yahoo de Argentina SRL**, representada por el **Dr. Rodrigo Cruces**; y por **María Belén Rodríguez**, patrocinada por los **Dres. Adolfo Martín Leguizamón Peña y Alejandro Arauz Castex**.

Tribunal de origen: **Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 95**.

VILLAVICENCIO, CESAR O. S/ EXTRADICIÓN

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

Corresponde rechazar el agravio referido a la violación al principio de “juez imparcial” basado en que el juez habría prejuzgado sobre la procedencia de la extradición al pronunciarse sobre el pedido de excarcelación realizado por la defensa si los párrafos objetados como indebidos adelantos de opinión pueden leerse, en cambio, como la emisión de un juicio oportuno acerca de la verosimilitud del derecho en que se funda el encierro cautelar.

-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

EXTRADICION

Si el marco convencional aplicable (ley 25.126) solo exige la “solicitud de extradición” (art. 8°) mas no, como pretende la recurrente, con apoyo en la ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (24.767), que la misma sea, además, acompañada por la “resolución judicial...que ordenó el libramiento de la solicitud de extradición “ (art. 13.d), corresponde rechazar la defensa esgrimida sobre esa base al cuestionar la decisión que declaró procedente la extradición.

EXTRADICION

Siendo receptiva la Corte a la preocupación que transmite el defensor por el devenir del estado de salud de su pupilo, resulta aconsejable que, en el supuesto en que el Poder Ejecutivo adoptara la decisión final

de conceder la extradición, con carácter previo al traslado, las partes, a través de sus autoridades competentes, en forma coordinada, arbitren las medidas necesarias para que el traslado del requerido al extranjero se efectúe resguardando su integridad con especial consideración a la patología que detenta y según el estadio por el que atravesase en ese momento.

EXTRADICION

Si, aunque el Estado requirente aseguró que la pena de muerte no será solicitada ni impuesta, se advierte que de hacerse lugar a la entrega, la pena máxima que eventualmente se le impondría al imputado sería de cadena perpetua y no surge de las actuaciones el régimen de ejecución de esta pena a la que quedaría sometido, ello resultaría contrario al orden público internacional argentino ya que un encierro de por vida resulta incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, por lo que resulta necesario que el país requirente esclarezca si esa pena que eventualmente se le impondría al imputado admite alguna posibilidad de libertad (Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Contra la resolución del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 6 que declaró procedente la extradición requerida por los Estados Unidos de América respecto del ciudadano de nacionalidad ecuatoriana y estadounidense, César Octavio V C su abogado defensor interpuso recurso de apelación ordinario, el cual fue concedido.

-II-

La extradición se declaró procedente en orden a la acusación formal del Gran Jurado del Condado de Bronx, Estado de Nueva York, por el delito de asesinato en segundo grado en perjuicio de Pamela S , el que habría tenido lugar en ese condado, aproximadamente el 16 de septiembre de 2009.

El apelante cuestionó el procedimiento que derivó en el dictado de aquella sentencia alegando violaciones a la garantía de imparcialidad, el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal. También se agravio por la inobservancia de algunos recaudos de procedencia de la extradición previstos en las leyes 25.126 y 24.767.

-III-

El cuestionamiento vinculado con la imparcialidad del juzgador versó sobre la faceta objetiva de la garantía, pero en función de un argumento inédito en el proceso, consistente en que el juez Canicoba Corral habría prejuzgado sobre la procedencia de la extradición al pronunciarse sobre el pedido de excarcelación realizado por la defensa de V .

Con anterioridad, quienes entonces representaban al *extradituras* habían propuesto la aplicación de la doctrina que emana del precedente de Fallos: 328:1491 (“Llerena”) sobre la base de la analogía entre la posición institucional del juez correccional con la del juez de la extradición, construida a partir de la remisión del artículo 30 de la Ley de Cooperación en Materia Penal a las reglas del juicio correccional establecidas en el Código Procesal Penal de la Nación. Este argumento fue rechazado por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal y la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal declaró mal concedido el recurso interpuesto.

Si bien el apelante no insiste con esa construcción, el agravio vinculado con el prejuzgamiento parece discurrir entre la idea de que la propia posición funcional del juez de la extradición lo obliga a adelantar opinión acerca de la suerte de la extradición al pronunciarse sobre la libertad del *extradituras* y la de que existió una extralimitación en el caso concreto, lo cual acerca el agravio a la faceta subjetiva de la imparcialidad.

Considero que cualquiera que fuese el caso, corresponde rechazar el planteo. V.E. tuvo ocasión de descartar un agravio fundado en la faceta objetiva de la imparcialidad en función de la intervención de un mismo juez durante la fase Judicial del proceso de extradición (cf. Fallos: 331:2247).

Basta tener en cuenta que el procedimiento en cuestión no se dirige a averiguar si existió un hecho delictivo ni a establecer responsabilidades y que, por consiguiente, no caben otras discusiones que las referentes a la identidad del requerido y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes y los tratados aplicables (Fallos: 324:1694, entre muchos otros). Este objetivo particular impide que pueda ge-

nerarse una genuina sospecha de parcialidad en función del contacto previo del juzgador con el mérito de la imputación. Por ello, no queda otra alternativa que analizar el contenido concreto del acto cuestionado a fin de evaluar si existió la extralimitación denunciada.

V.E. ha sostenido que las opiniones emitidas por los jueces como fundamento de sus atribuciones específicas y en el momento procesal oportuno importan juzgamiento y no prejuzgamiento (cf. sentencia dictada *in re* “D. S. D.”, D.173.XLVIII, del 12 de junio 2012, considerando 4° y sus citas, entre otros).

Dos son los pasajes que la defensa identifica como extralimitaciones: el que aclara que la decisión de denegar la excarcelación estuvo precedida por “...un análisis acerca de la doble incriminación e identidad de normas que ha de regir el futuro debate de extradición...” y el que sostiene que “...la intervención diplomática exigida por la normativa aplicable al caso, fue debidamente cumplimentada, conforme se desprende del pedido de detención efectuado por la embajada de Estados Unidos...” (fs. 498).

Si se tiene en cuenta que para emitir un pronunciamiento acerca del pedido de excarcelación el juez desplazó la aplicación del artículo 26 de la ley de cooperación, mientras que la cámara de apelaciones, al convalidar el rechazo dispuesto, declaró la inconstitucionalidad de esa norma, es posible sostener, en consonancia con la doctrina de V.E. en Fallos: 328:1819, que cobra virtualidad el sistema para regular la libertad ambulatoria del Código Procesal Penal de la Nación, el que incluye no sólo los presupuestos formales y materiales que rigen la exención de prisión o la excarcelación, sino también los recursos y órganos judiciales con competencia para resolverlos.

Desde esta perspectiva, los párrafos objetados por la defensa como indebidos adelantos de opinión pueden leerse, en cambio, como la emisión de un juicio oportuno acerca de la verosimilitud del derecho en que se funda el encierro cautelar. Estimo, en consecuencia, que V.E. debe rechazar el agravio estudiado.

-IV-

La objeción relacionada con el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio se apoyó en la alegación de una arbitraria denegación de medidas de prueba dirigidas a sustentar dos defensas: una fundada en el artículo 8, inciso (e), de la ley 24.767; y otra concentrada en la irregularidad de la detención inicial de V y en la subsiguiente solicitud de extradición.

Para dar respuesta a este planteo, cabe recordar que V.E. ha sostenido que en el procedimiento de extradición rige, como en el proceso penal, el estándar según el cual la determinación de la pertinencia de las pruebas es una potestad del juzgador, quien no viola la garantía de defensa en juicio si considera que las propuestas no resultan conducentes, por cuanto no es su obligación conformar la decisión a las pretensiones de la parte sino velar para que ella cuente con la efectiva posibilidad de oponer sus defensas (cf. Fallos: 331:2249).

Por otro lado, también corresponde considerar que contra la denegatoria denunciada la defensa interpuso recurso de casación, el cual fue declarado mal concedido por la cámara de casación en razón de que el impugnante no había logrado demostrar que la decisión le hubiese generado un gravamen final en lo que respecta a los derechos constitucionales invocados.

Si bien el remedio que nos ocupa, por su carácter ordinario, permite revisar con amplitud esa denegatoria así como su eventual incidencia en la suerte del pedido de extradición, estimo que el rechazo de tales ofrecimientos fue debidamente motivado y que no condicionó el destino de las defensas que se dicen obstaculizadas.

En la presentación efectuada por los entonces defensores de V en los términos del artículo 354 del Código Procesal Penal de la Nación, todas las medidas de prueba ofrecidas, a no ser por los informes periciales solicitados vía instrucción suplementaria, perseguían demostrar que el nombrado había sido detenido fuera de los supuestos habilitados por el tratado de extradición con los E.E.U.U. El objetivo de esta defensa fue, en rigor, atacar el encierro preventivo del extraditatus y bajo esa óptica fue introducida y analizada en el incidente de excarcelación. Ella mereció un amplio tratamiento por parte de la cámara de apelaciones. Esta decisión se encuentra firme y, en esta ocasión, el recurrente no argumenta acerca del modo en que aquellas supuestas irregularidades podrían incidir en la decisión sobre la procedencia de la extradición (de hecho, ni siquiera se ventilaron en el debate). Por ello, considero que esta defensa no puede prosperar, tanto si se la canaliza a través de la nulidad del procedimiento, como si se dirige autónomamente contra la sentencia que declaró procedente la extradición.

La presentación realizada por las nuevas defensoras de V para que se produjeran determinadas pruebas vinculadas con el estado de salud del nombrado, con los tratamientos a los que debería ser sometido y con la pretensión de averiguar las condiciones de encierro a las que eventualmente se vería expuesto en el Estado requirente, fue denegada

por el *a quo* en virtud de la preclusión de la ocasión prevista por el artículo 354 del código de procedimientos. Esta decisión no fue recurrida por la defensa y tampoco se advierte que haya condicionado desfavorablemente el planteo basado en el artículo 8, inciso (e), de la ley 24.767. Esta defensa sí fue introducida en el debate y su rechazo ha motivado un cuestionamiento autónomo en el marco del recurso ordinario de apelación, por lo cual me abocaré a su estudio desde esta perspectiva.

El recurrente argumentó que la pena aplicable a la conducta de su defendido en caso de recaer condena en el Estado requirente implicaría, por las características personales del nombrado y las condiciones de detención en el Estado requirente, la imposición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, lo que representa una de las causales de improcedencia de la extradición (artículo 8, inciso (e), de la ley 24.767).

Cuestionó, en este sentido, que el juez hubiese resuelto la defensa fundada en que la pena prevista para el delito por el cual se requiere la extradición (“prisión perpetua y control perpetuo”) no tiene equivalente en nuestro ordenamiento jurídico y que su imposición resulta ser cruel, inhumana y degradante en nuestro derecho interno.

Destacó que personas como su defendido presentan una doble situación de vulnerabilidad en función de su nacionalidad ecuatoriana (latina) y de padecer un grave cuadro psiquiátrico. Argumentó que las medidas denegadas estaban dirigidas a demostrar que existían motivos fundados para suponer que el requerido podía ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en función del trato que recibiría por parte del sistema carcelario de los E.E.U.U.

Por otra parte, indicó que el estado de salud de V se desprendía del incidente correspondiente, de los informes médicos y declaraciones testimoniales de Eduardo Kalina, Juan Carlos Badaracco, Mariano Castex y Eduardo Rizzutti, quienes coincidieron en que el *extraditatus* padecía una grave patología psiquiátrica (trastorno que se expresa con ciclotimia, compatible con bipolaridad en comorbilidad con un trastorno por abuso de sustancias) y que debía ser sometido a un tratamiento con seguimiento psiquiátrico y psicológico compuesto por medicación y psicoterapia en forma bisemanal, completado con terapia familiar. La concesión de la extradición prolongaría el encierro de V. y lo alejaría de su grupo familiar, lo cual atentara contra el tratamiento indicado. La defensa criticó el hecho de que el juez hubiese echado mano a informes médicos confeccionados por el servicio de salud del complejo penitenciario donde se encuentra detenido el nombrado.

Respecto del argumento de que la propia naturaleza de la pena prescripta para el delito de homicidio en segundo grado implicaría un castigo cruel, inhumano o degradante, cabe señalar que el juez motivó su rechazo en que las únicas restricciones previstas en el tratado en relación con las penas son las que se desprenden de los artículos 1 y 6 de la ley 25.126. Aun cuando este razonamiento pueda ser objetado válidamente en cuanto se enfoca en el castigo conminado en abstracto por la ley penal del Estado requirente -dejando todo lo atinente al análisis de las efectivas condiciones de su cumplimiento en manos del Poder Ejecutivo Nacional en los términos del artículo 10 de la ley 24.767- entiendo que la divergencia no puede provocar la anulación de la sentencia sino la apertura de la instancia ordinaria de revisión.

En este contexto, debo recordar que es doctrina de V.E. que las convenciones y leyes de extradición no deben ser entendidas exclusivamente como instrumentos de cooperación judicial destinadas a reglar relaciones entre los Estados en la materia, sino que también deben considerarse como garantías sustanciales de que una persona no será entregada a un Estado extranjero sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o la ley con respeto a sus derechos fundamentales (Fallos: 327:4168). Por ello, si bien asiste razón al recurrente en cuanto señala que no pueden escapar al control jurisdiccional la naturaleza y modalidad de cumplimiento de la pena a la que se vería expuesto el *extraditurus* en el Estado requirente, considero que en el *sub lite* no existen datos concretos que permitan sostener una sospecha razonable acerca de que la pena que eventualmente se imponga a V en E.E.U.U. implicaría la irrogación de un trato cruel, inhumano o degradante.

De acuerdo con la documentación presentada por la embajada de los E.E.U.U. en Buenos Aires en apoyo del pedido formal de extradición (fs. 433-456), la sección 70.00 de la ley penal del Estado de Nueva York establece que el castigo máximo por el asesinato en segundo grado es de veinticinco años de prisión a cadena perpetua, y un período perpetuo de libertad supervisada (cf. declaración juramentada del Fiscal Auxiliar de Distrito del Condado de Bronx, Nueva York fs. 445-446).

Considero que el agravio fundado en que la propia naturaleza de esa pena implica la imposición de castigo cruel, inhumano o degradante y que, en consecuencia, debería rechazarse la extradición no ha sido correctamente formulado y se basa en una conjetura.

Las penas aludidas son los castigos máximos legalmente fijados para el delito por el que se acusa a V. Este Ministerio Público ha tenido

ocasión de opinar acerca de la pena de prisión perpetua establecida por la legislación interna para algunos homicidios. En esas ocasiones se sostuvo que la conminación en abstracto de ese castigo no contraría per se la Constitución Nacional ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía normativa sino que, por el contrario, es posible afirmar que se encuentra expresamente admitido (cf. dictámenes en los casos “Ch., Daniel Isaac y otros s/homicidio agravado por el vínculo”, C.2641.XXXIX, del 27 de febrero de 2007 y “B., Sebastián Alejandro y otra s/homicidio calificado”, B.327.XLVII, del 22 de marzo de 2012). En apretada síntesis, tal conclusión se fundó en la interpretación efectuada tanto por la Corte como por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en diversos precedentes en relación con el artículo 5, inciso 2, del Pacto de San José de Costa Rica; en que, en el ámbito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité contra la Tortura ha considerado que su artículo 7° -que también prohíbe la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes- se refiere “a los castigos corporales, incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria” (Observación General n° 20, 44° período de sesiones [1992], punto 5); y en que, el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por ley 23.652, también excluye de ese concepto “las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas”. Incluso, se tuvo en cuenta que en el precedente “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado” (M.1022.XXXIX, sentencia del 7 de diciembre de 2005), donde la defensa había planteado, con sustento en la Convención de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, la inconstitucionalidad de la prisión perpetua impuesta a un menor, V.E. sólo revocó lo resuelto por considerar, en el marco de la legislación nacional de menores y los tratados de derechos humanos, que carecía de suficiente fundamentación la necesidad de aplicación de esa pena y que al referirse a la figura del homicidio agravado cometido por mayores, sostuvo que “la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua” (considerando 13 del voto de la mayoría). V.E. agregó entonces que las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, no admiten agravantes o atenuantes pues el legislador ha declarado *de jure* “que todo descargo resulta irrelevante:

son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna”, y concluyó que “en los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible” (id. considerando 14).

En un sentido similar se ha expedido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la compatibilidad del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos con la imposición de una pena de prisión perpetua sin libertad condicional que eventualmente sería aplicada por parte de tribunales de los EE.UU. El tribunal europeo sostuvo que la imposición de una pena perpetua respecto de un adulto no estaba prohibida en sí misma por aquella norma y que sólo podría presentarse esa incompatibilidad si el recurrente lograba demostrar que la sentencia que se le impondría en el Estado no contratante resultaría manifiestamente desproporcionada al momento de la imposición de la pena o si, en ausencia de esa grosera desproporción, tanto en el caso de una sentencia que impusiera la prisión perpetua sin ofrecer mecanismos de libertad anticipada, como en una que pudiera discrecionalmente aplicar esa pena, se lograra demostrar que la continuación del encierro del apelante hubiese dejado de estar justificada o legitimada sobre bases penológicas y que la sentencia fuese irreductible tanto de facto como de iure (“RPAPO v. Albania”, del 25 de septiembre de 2012).

Si se tiene en cuenta que per se la previsión legislativa de ese máximo legal no compromete los derechos invocados y que el apelante no ha efectuado ninguna de tales demostraciones, corresponde que V.E. rechace el agravio fundado en que la naturaleza de la pena implica un castigo cruel, inhumano o degradante.

Ahora bien, no es posible perder de vista que el recurrente condujo aquel agravio a las condiciones de privación de la libertad que V. debería enfrentar ante la eventual imposición de esa pena, en razón de su nacionalidad y de su estado de salud.

Cabe aclarar que las cuestiones atinentes a su salud fueron analizadas con profundidad en el incidente correspondiente. En cuanto a las condiciones del cumplimiento de la pena en el Estado requirente caben las siguientes consideraciones.

Es doctrina de V.E. que no basta la mera invocación de prácticas equiparables a la tortura por parte de las autoridades del país extranjero para sostener la imposibilidad de efectuar la entrega de una persona. Por el contrario, al margen de esas referencias genéricas, debe tenerse en cuenta si existen elementos que permitan poner en tela de juicio la correcta actuación de la justicia del país requirente en el caso

particular *sub examine* (cf. Fallos: 324:3484; 331:2249; en el mismo sentido se ha expedido este Ministerio Fiscal en la causa M.263, L. XLVIII, “Mercado Muñoz, Iris s/ extradición”, dictamen del 28 de septiembre de 2012). El criterio sostenido por VE., por lo demás, no difiere en lo esencial del que siguen otros tribunales en el derecho comparado. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha enfatizado la necesidad de que el individuo requerido ofrezca razones fundadas, que acrediten la seriedad y verosimilitud de sus temores, en aquellos casos en los que examina si una extradición o deportación -a efectuar desde un Estado parte del Consejo de Europa hacia un tercer Estado- es compatible con el artículo 3° del Convenio. En lo que aquí interesa, ha sostenido que únicamente se suscita una prohibición de extraditar o deportar cuando hubieran sido demostrados “motivos considerables” (substantial grounds) para creer que la persona requerida enfrenta un “riesgo real” de ser sometido en el tercer Estado a un tratamiento violatorio del mencionado artículo 3°. Este estándar, entre otras cosas, demanda evaluar “las consecuencias previsibles de enviar al peticionante al país de destino, teniendo en cuenta la situación general y sus circunstancias personales” (cf. Bajsultanov v. Austria, sentencia del 12 de junio de 2012, párrafos 61 y 62; Makhmudzhan Ergashev v. Rusia, sentencia del 16 de octubre de 2012, párrafos 65 y 66; y Soldatenko v. Ucrania, sentencia del 23 de octubre de 2008, párrafos 66 y 67).

Las consideraciones del apelante basadas en que, por su impresión sobre el sistema carcelario de los Estados Unidos, V será sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes en razón de su nacionalidad y porque no se le podrá garantizar un adecuado tratamiento a la patología que padece, no pueden tenerse por un pronóstico verosímil de que éste recibirá un trato diferenciado y que no contará con los cuidados necesarios para el tratamiento de su dolencia.

-V-

El recurrente alegó que la vulneración del derecho a la salud de V en el contexto de encierro durante el trámite del presente proceso y su exposición a maltratos desaconsejaban la extradición, por la posibilidad de que Argentina incurriera en responsabilidad internacional. Cuestionó que la respuesta del juez a este argumento se hubiese circunscripto a que se trataba de un asunto debatido en el incidente de arresto domiciliario.

Considero que este agravio ha sido erróneamente canalizado, que no se ha criticado razonadamente la posición expuesta por el a quo y que,

en consecuencia, no es posible advertir cómo la recepción del argumento podría incidir en la declaración sobre la procedencia de la extradición.

En primer lugar, el supuesto compromiso del derecho a la salud durante la detención preventiva con fines de extradición de V podría hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado con independencia de si declarara procedente la extradición, o no lo hiciera. En segundo lugar, todos los cuestionamientos sobre las condiciones de detención y la observancia de los tratamientos y medicamentos prescritos fueron analizados tanto en el marco del incidente de salud como en la discusión acerca de la modalidad del encierro preventivo de V. En este sentido, el 21 de agosto de este año, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa del nombrado contra la denegatoria del arresto domiciliario solicitado y, de ese modo, convalidó la decisión del a quo fundada en las constancias del incidente de estado de salud y en la concurrencia de riesgos procesales para los fines del procedimiento extradictorio.

Entiendo que el agravio introducido atiende a la modalidad de cumplimiento de la detención preventiva de V. el cual ha sido ventilado ampliamente en aquellas ocasiones y que nada obsta a que pueda replantearse la cuestión desde la misma perspectiva, pero que no ha logrado demostrarse su conexión con la procedencia de la extradición, asunto que constituyó el objeto de la decisión apelada.

-VI-

Recién en esta instancia, el recurrente introdujo el agravio consistente en el incumplimiento de lo establecido por el artículo 13, inciso (d), de la ley 24.767, en tanto el pedido de extradición habría sido realizado por un fiscal auxiliar.

Más allá de la tardía presentación del planteo, considero que éste debe ser rechazado, pues la ley 25.126 establece que la solicitud de extradición será efectuada por escrito y presentada a través de la vía diplomática, mientras que la norma invocada por el recurrente concierne al acompañamiento de copias al pedido de extradición, las cuales deben contener la resolución judicial que dispuso la detención del procesado y de la que ordenó el libramiento de la solicitud de extradición.

En este sentido, resulta aplicable la doctrina que emana del precedente registrado en Fallos: 330:2065, en el cual V.E. remitió a lo dictaminado por este Ministerio Público Fiscal en relación con un agravio similar consistente en que el pedido había sido realizado y presentado

ante cancillería nacional por la embajada del país requirente en nuestro país, en lugar de haber emanado de un juez de ese país a través de un exhorto. En el dictamen se sostuvo que: "...el tratado hace referencia al 'estado' o 'país requirente', sin indicar qué autoridad debe ser la que formule el pedido, máxime si el acto tiene un antecedente ineludible, que es la orden de detención emanada de autoridad judicial competente".

-VII-

La defensa también objetó la sentencia que declara procedente la extradición por considerar que la garantía presentada por el Estado requirente en los términos del artículo 6 de la ley 25.126 resulta insuficiente en cuanto a su alcance y que ella habría sido otorgada por una autoridad incompetente. Estimo que V.E., debe rechazar ambos argumentos.

En primer lugar, la norma invocada exige que el Estado requirente otorgue garantías de que la pena de muerte no será impuesta, o de ser impuesta, no será ejecutada. En el caso, la embajada del país requirente sostuvo, por medio de nota diplomática, que [e]l gobierno de los Estados Unidos de América informa al Ministerio que la pena de muerte no es una pena autorizada por el delito imputado a V y por el cual se requiere su extradición. De este modo, el gobierno de los Estados Unidos de América asegura al Ministerio que no se solicitará la pena de muerte ni será impuesta en este caso..."

Para la defensa, esa garantía es insuficiente pues su otorgamiento se condicionó a la normativa vigente del Estado solicitante y que la aplicación de una eventual variación de la legislación que impusiera la pena capital no se vería neutralizada, en consecuencia, por las seguridades otorgadas. Disiento con esa postura pues la lectura del compromiso impide advertir el condicionamiento denunciado: por un lado, se declaró que la pena capital no está autorizada por el ordenamiento aplicable; por el otro, que no sería solicitada ni impuesta. Considero que la pretensión del recurrente reposa en una conjetura que no encuentra respaldo objetivo en las constancias de la causa.

En cuanto a la autoridad competente para ofrecer esa garantía, el recurso expuso la tesis de que debía ser la autoridad judicial o la misma autoridad requirente, pues la representación con la que cuenta la embajada no implica la competencia para obligar al Estado requirente en el sentido apuntado.

En el caso "Calafell, Roque Esteban s/ extradición", resuelto el 6 de diciembre de 2011, se discutió el mismo asunto aunque en relación con un agravio que sostenía una tesis contraria a la aquí analizada.

Más allá de las disidencias parciales registradas, el denominador común de los votos de los jueces y juezas de la Corte radicó en que es la embajada de los Estados Unidos en Buenos Aires quien representa la voluntad del gobierno del Estado requirente y quien, en consecuencia, está facultada para presentar las seguridades. Si bien la mayoría partió de esta postura, consideró que resultaba un exceso ritual exigir que la garantía brindada por la fiscal en ese caso fuese acompañada o ratificada por una nota de la embajada, mientras que los votos disidentes consideraron que el tratado aplicable establecía que la garantía debía ser otorgada por el Estado requirente a través de su representación diplomática acreditada en el país.

Por último, considero que la solicitud de otro tipo de garantías introducida recién en el marco de la apelación ordinaria contra la sentencia que declara procedente la extradición -tales como el aseguramiento del debido proceso en el Estado requirente y de que se computará el tiempo de detención preventiva cumplido en este país- no puede conmover aquella decisión pues, por un lado, no surgen indicadores de que los tribunales del país requirente no han aplicado ni aplicarán con justicia la ley de la tierra y, por otro lado, nada impide que completen con posterioridad requerimientos adicionales. Opino que las consideraciones del apelante no constituyen un fundamento atendible para eludir la cooperación demandada por el Estado requirente.

-VIII-

En razón de lo expuesto, entiendo que V.E. debe confirmar la sentencia en todo cuanto resultó materia de apelación. Buenos Aires, 28 de diciembre de 2012. *Alejandra Magdalena Gils Carbó*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2014.

Vistos los autos: “Villavicencio, César Octavio *s/* extradición”.

Considerando:

1°) Que el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 6 declaró procedente la extradición de César

Octavio Villavicencio a los Estados Unidos de Norteamérica para su sometimiento a proceso ante el tribunal supremo del Estado de Nueva York, Condado de Bronx, con motivo del hecho ocurrido el 16 de septiembre de 2009 y calificado por el país requirente como “asesinato en segundo grado” bajo la expresa condición de la garantía expresada por dicho país de que no le será impuesta ni ejecutada la pena de muerte bajo ningún concepto (fs. 483/489).

2°) Que, contra esa resolución, interpuso recurso de apelación ordinaria la defensa del requerido (fs. 494/522) que, concedido a fs. 523, fue fundado en esta instancia (fs. 529/558). A su turno, la señora Procuradora General de la Nación propuso confirmar la declaración de procedencia (fs. 560/567).

3°) Que el agravio de la defensa fundado en la violación al principio del “juez imparcial” ha sido debidamente considerado por la señora Procuradora General de la Nación en el acápite III del dictamen que antecede, a cuyos términos y conclusiones cabe remitir para su desestimación.

4°) Que igual solución cabe adoptar respecto de la nulidad que persigue la parte por violación al artículo 11 de la ley 25.126 que regula el instituto de la “detención preventiva” toda vez que ninguna de las razones invocadas están previstas como causal de excepción para la extradición (conf. mutatis mutandi Fallos: 330:1971 y sus citas).

5°) Que el marco convencional aplicable (ley 25.126) solo exige la “solicitud de extradición” (artículo 8°) mas no, como pretende la parte recurrente (fs. 544 vta./551), con apoyo en la ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (24.767), que la misma sea, además, acompañada por la “resolución judicial... que ordenó el libramiento de la solicitud de extradición” (artículo 13.d.), razón por la cual también corresponde rechazar la defensa esgrimida sobre esa base (Fallos: 332:1309, “Foye”, considerando 4° y 5°).

6°) Que, por lo demás, resulta infundado invocar la aplicación al sub lite de la causal de improcedencia del artículo 11, inciso d, de la ley 24.767, en tanto no solo el caso ha de regirse por las disposiciones del tratado aplicable (artículo 2°, primer párrafo) sino que, además, no se constata el presupuesto material sobre el cual se apoya aquélla, cual es la existencia de una condena dictada en rebeldía.

7°) Que en lo que concierne a la seguridad sobre la no aplicación de la pena de muerte, en el marco de lo dispuesto por el artículo 6° del tratado aplicable, el agravio deviene insustancial toda vez que el delito imputado a Villavicencio Carchi en el extranjero tiene prevista una pena que oscila entre 25 años y prisión perpetua y un período de por vida de libertad supervisada (conf. declaración en apoyo de la solicitud de extradición del Fiscal Auxiliar de Distrito de la Fiscalía de Distrito del Condado de Bronx, Nueva York, obrante a fs. 417/418, cuya traducción obra a fs. 426/427).

8°) Que si bien la parte recurrente invocó en el memorial que esa sanción “por su naturaleza y modo de cumplimiento resulta cruel, inhumana y degradante, y no se encuentra prevista en nuestra legislación” (fs. 501 vta.), lo que agravia a la parte en esta instancia es que la pena en cuestión revestiría ese carácter en función “...de las características personales del requerido y por las condiciones de detención que sufriría en el Estado requirente” (fs. 534 vta.) dada la doble situación de vulnerabilidad que reúne —según se invoca— por su calidad de ciudadano ecuatoriano —latino— y el cuadro psiquiátrico que padece (fs. 537 vta./538).

9°) Que, en tales condiciones, el Tribunal ha de abordar el agravio desde la perspectiva de la salud del requerido (fs. 502 vta./504), siendo inoficioso entrar a considerar la cuestión desde cualquier otra arista.

10) Que, sobre el particular, no puede dejar de señalarse que el estado de salud del individuo requerido no constituye una causal que per se conduzca a declarar improcedente el pedido. Tampoco, en las circunstancias del caso, es viable sostener que —de accederse a su extradición— el requerido corre el riesgo cierto y actual de ser sometido a trato cruel, inhumano o degradante en jurisdicción del país requirente.

11) Que, más allá de la prueba que fue denegada y del aporte que podría haber surgido de la misma, lo cierto es que no solo no es posible anticiparse para conocer cuál ha de ser el resultado de este trámite de extradición en el cual aún resta la etapa de la “Decisión Final” sino que tampoco puede conocerse cómo ha de impactar en la salud del requerido una eventual decisión de entrega a un ámbito que no le es ajeno por ser nacional también norteamericano y estar trabajando y viviendo en ese país al momento de tener lugar el hecho imputado (fs.

68, constancias de fs. 123, declaración obrante a fs. 171/172, afirmaciones de fs. 147/149 y 151).

12) Que, en tales condiciones, siendo receptivo el Tribunal a la preocupación que transmite el defensor por el devenir del estado de salud de su pupilo, resulta aconsejable que, en el supuesto en que el Poder Ejecutivo adoptara la decisión final de conceder la extradición, con carácter previo al traslado, las partes, a través de sus autoridades competentes, en forma coordinada, arbitren las medidas necesarias para que el traslado del requerido al extranjero se efectúe resguardando su integridad con especial consideración a la patología que detenta y según el estadio por el que atravesase en ese momento.

13) Que, en otro orden de ideas, los temores planteados por el apelante ante “una eventual variación de la sanción prevista” (fs. 557 vta./558) pierden sustento a la luz del principio de especialidad que consagra el artículo 16 del Convenio aplicable.

14) Que, por último, razones de equidad y justicia que reconocen sustento en las normas de derecho internacional de los derechos humanos que obligan a nuestro país, aconsejan que el magistrado a cargo de la causa ponga en conocimiento del requirente el tiempo de privación de libertad al que estuvo sujeto el requerido en este trámite de extradición (toda vez que se encuentra privado de su libertad a disposición del juez de la extradición desde el 5 de enero de 2011), con el fin de que las autoridades competentes extranjeras arbitren las medidas a su alcance para que ese plazo de detención se compute como si el extraditado lo hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento (Fallos: 331:608, considerando 4° “Cortada” y sentencia del 22 de diciembre de 2009 en la causa S.780.XLIV. “Schmidt, Guillermo Javier s/ arresto preventivo con fines de extradición”, considerando 8°).

Por ello y de conformidad, en lo pertinente, con lo dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, el Tribunal resuelve: Confirmar el fallo recurrido en cuanto declaró procedente la extradición de César Octavio Villavicencio a los Estados Unidos de Norteamérica para su sometimiento a proceso por el delito de “asesinato en segundo grado” bajo la expresa condición de la garantía expresada por dicho país de que no le será impuesta ni ejecutada la pena de muerte bajo ningún concepto.

Notifíquese, tómesese razón, remítase al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto la presentación cursada por el Consulado General del Ecuador en Buenos Aires y devuélvase al juez de la causa para que prosiga con el trámite.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*).

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que contra la resolución del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 6 que declaró procedente la extradición requerida por los Estados Unidos de América respecto del ciudadano de nacionalidad ecuatoriana y estadounidense César Octavio Villavencio Carchi (fs. 483/489), su abogado defensor interpuso recurso de apelación ordinario que fue concedido.

2º) Que, si bien el Estado requirente aseguró que la pena de muerte no será solicitada ni impuesta en este caso, esta Corte advierte que de hacerse lugar a la entrega, la pena máxima que eventualmente se le impondría al imputado —por el delito de asesinato en segundo grado— sería cadena perpetua (conf. declaración en apoyo de la solicitud de extradición del Fiscal Auxiliar de Distrito de la Fiscalía de Distrito del Condado de Bronx, Nueva York, cuya traducción obra a fs. 426/427), y no surge de las actuaciones el régimen de ejecución de esta pena — más allá de su nomen iuris— a la que quedaría sometido el imputado en el caso de que le fuese impuesta.

3º) Que, en efecto, si se tratara de una pena privativa de la libertad realmente perpetua resultaría contraria al orden público internacional argentino dado que esta Corte ha señalado que un encierro de por vida resulta incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 329:2440, considerando 4º). Por ende, resulta necesario que el país requirente esclarezca si esa pena de cadena perpetua que eventualmente se le impondría al imputado admite alguna posibilidad

de libertad (conf. “Calafell, Roque Esteban s/ extradición”, Fallos: 334:1659, disidencia del suscripto).

Por ello, se suspende por un plazo de treinta días —contados a partir de la notificación al Estado requirente por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto— la decisión sobre la procedencia de la extradición de César Octavio Villavicencio requerida por los Estados Unidos de Norteamérica por el delito de asesinato en segundo grado, a fin de que el país requirente informe si la pena máxima de cadena perpetua, prevista en la Sección 70.00 de la Ley Penal del Estado de Nueva York, admite alguna posibilidad de libertad. Notifíquese y resérvense las actuaciones.

E. RAÚL ZAFFARONI.

BERCÚN, EDUARDO c/ JUNTA NACIONAL DE GRANOS Y
OTROS s/ SUMARIO

BONO DE CONSOLIDACION DE DEUDAS

No corresponde percibir el pago de ciertas obligaciones con bonos creados por el decreto 1872/02 o en su caso, por la ley 25.827 en cantidad suficiente para compensar el valor que hubiera obtenido en caso de cobrar los bonos, si estos últimos bonos no existían al momento de la consolidación de los créditos discutidos en el expediente, dado que resulta irrelevante que los bonos pretendidos por el recurrente ofrecieran mejores condiciones de pago o que, contingentemente, tengan mayor valor en el mercado que los bonos que le corresponde cobrar según la normativa vigente.

-Del precedente L.322.XLVI “Llevara, Walter Abraham c/ Empresa Ferrocarril General Belgrano” (29/10/13), al que la Corte remite-.

CONSOLIDACION DE DEUDAS

A partir de la consolidación -que opera de pleno derecho después del reconocimiento judicial firme del crédito-, se produce la novación de la obligación originaria y de cualquiera de sus accesorios, por lo que solo subsisten para el acreedor los derechos derivados de la consolidación (artículo 17 de la ley 23.982), y la consolidación alcanza a los efectos no cumplidos de las sentencias, laudos arbitrales y demás actos jurisdiccionales, dictados o acordados con anterioridad a su promulgación, respecto a obligaciones consolidadas, aunque hubiesen tenido principio de ejecución, o solo reste efectivizar su cancelación.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 1533/1535 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala B) confirmó lo resuelto en la instancia anterior, en cuanto había ordenado arbitrar las medidas tendientes a posibilitar el cobro en efectivo de la deuda de autos que se encuentra consolidada.

Para así decidir, el tribunal rechazó los agravios relativos a los intereses calculados en la liquidación al entender que el monto al que se arribó fue aprobado y, desestimadas las observaciones, fue confirmado con fundamento en que el tema ya había sido resuelto a fs. 956/968.

Por otra parte, sostuvo que si bien el art. 56 de la ley 25.967 derogó el art. 9° de la ley 23.982, de ello no se infiere que hubiera perdido vigencia ni que se hubieran cercenado los derechos conferidos en orden a obtener el pago de los créditos en efectivo. Añadió que los alcances de la derogación se restringen a la modificación del plazo en que serán atendidos los pagos en efectivo de la deuda consolidada, haciéndolo coincidir con los plazos de amortización de los bonos.

-II-

Disconforme con este pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 1546/1556, que fue concedido a fs. 1617/1619 por encontrarse en juego la inteligencia de la ley 23.982.

En lo sustancial, aduce que la sentencia apelada se aparta sin fundamento alguno de los extremos fácticos y legales del caso, violando así el derecho de defensa en juicio y soslayando la obligación de motivar las resoluciones judiciales de conformidad con el derecho vigente aplicable al caso. Sostiene que las liquidaciones se aprueban en cuanto ha lugar por derecho y que, al contestar los traslados conferidos, siempre señaló la improcedencia de calcular intereses más allá de la fecha de corte, esto es el 1° de abril de 1991, por tratarse de una deuda consolidada en los términos de la ley 23.982. Asimismo, afirma que dichas obligaciones sólo pueden ser atendidas con bonos y en los tiempos previstos por las sucesivas leyes de presupuesto que modificaron el art. 9° de la ley 23.982.

-III-

Elevadas las actuaciones a la Corte Suprema, a fs. 1626 se dispuso oír a las partes con respecto a lo establecido por los arts. 59 y 60 de la ley 26.546.

El Estado Nacional sostiene que mediante dichas normas se fija el instrumento de pago que se emplea al momento de cumplir las condenas, el cual se vincula a los lineamientos económicos perseguidos y permite, de este modo, prever la cancelación de los pasivos contingentes y evitar la acumulación de un monto que no pueda ser afrontado (v. fs. 1629/1631).

Por su parte, el actor afirma que, en caso de que se decidiera la aplicación de los arts. 59 y 60 de la ley 26.546, ello importaría la afectación del principio de cosa juzgada como consecuencia del dictado de una ley de presupuesto posterior a la sentencia firme, lo que viola el derecho de propiedad y la garantía del debido proceso (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional). Asimismo, señala que la reducción de la acreencia no sería consecuencia de una suspensión temporaria del derecho de propiedad, sino de una privación o restricción definitiva de aquel derecho que había quedado incorporado a su patrimonio.

Subsidiariamente, plantea la inconstitucionalidad de las normas en cuestión sobre la base de que imponen al acreedor la obligatoria percepción en bonos, desconocen que la validez del régimen de consolidación está subordinado a que el acreedor pueda optar por el pago en efectivo, imponen una quita confiscatoria del monto reconocido por la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada e importan un empréstito forzoso violatorio de los arts. 14, 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional.

-IV-

Si bien es un principio asentado que las decisiones adoptadas en la etapa de ejecución no configuran la sentencia definitiva requerida por el art. 14 de la ley 48, ello admite excepciones cuando lo decidido pone fin a la discusión y causa un gravamen de imposible reparación ulterior (Fallos: 323:3909 y sus citas), extremo que, en mi concepto se verifica en autos toda vez que el apelante no tiene otra oportunidad para replantear sus agravios (cfr. Arg. Fallos: 319:1101; 324:826).

Asimismo, se halla en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal y la decisión del tribunal ha sido contraria a los derechos que el recurrente funda en ellas (art. 14 inc. 3°, de la ley 48).

Por lo demás, cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas de la índole mencionada, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 326:2880).

-V-

En cuanto al fondo del asunto, procede señalar que en el *sub lite* no se halla controvertido que la obligación a cargo de la demandada se encuentra comprendida en los términos de la ley 23.982, puesto que se trata de una deuda cuyo origen es anterior al 1° de abril de 1991 y el organismo deudor es uno de los mencionados por el art. 2° de dicha ley. En atención a ello, la primera cuestión a dilucidar es el modo en que debe ser satisfecho el crédito reclamado, pues mientras la actora sostiene su derecho a percibirlo en efectivo dentro del plazo de dieciséis años fijado por el art. 9° de la ley citada -que habría vencido en 2007-, la demandada alega que resulta aplicable lo dispuesto por los arts. 56 de la ley 25.967 y 61 de la ley 26.198, en cuanto prevén su cancelación con bonos.

Al respecto, cabe recordar que V.E. ha dicho, en oportunidad de resolver acerca de la aplicación de la ley 23.982, que ella otorga dos opciones a los acreedores del Estado: pago en efectivo o suscripción de bonos de consolidación. Si se opta por la primera, el Congreso Nacional deberá asignar anualmente recursos para atender el pasivo consolidado (art. 9°). En cambio, si se elige la segunda opción (art. 10), los bonos podrán ser aplicados a la par, sin restricciones, al pago de obligaciones con el Estado o con las personas jurídicas alcanzadas por la ley, ser

rescatados anticipadamente por el Poder Ejecutivo y transferirse libremente o venderse según cotización de mercado (Fallos: 318:1887).

El citado art. 9° fue derogado por el art. 56 de la ley 25.967, norma que fue incorporada como art. 145 de la ley complementaria permanente de presupuesto 11.672 y luego sustituida por el art. 59 de la ley 26.728 de presupuesto para el ejercicio 2012. Con un texto semejante al derogado art. 9°, el precepto vigente dispuso que los pedidos de informes o requerimientos judiciales con respecto al plazo en que se cumplirán las obligaciones consolidadas serán respondidos por el Poder Ejecutivo nacional o por cualquiera de las personas jurídicas o entes alcanzados por el art. 2° de la ley 23.982, “indicando que se propondrá al Honorable Congreso de la Nación que asigne anualmente los recursos necesarios para hacer frente al pasivo consolidado en el plazo de amortización de los instrumentos mencionados en el artículo 60 de la Ley 26.546, según corresponda, de modo que pueda estimarse provisionalmente el plazo que demandará su atención”.

Habida cuenta de tales disposiciones, no parece razonable sostener -como pretende el apelante- que la posibilidad de optar por recibir las acreencias en efectivo ha sido cancelada, pues de los términos del art. 56 de la ley 25.967 -como así también del texto actual incorporado por el art. 59 de la ley 26.728-, que expresa la necesidad de proponer una asignación anual de recursos para atender el pasivo consolidado, surge claramente lo contrario.

Por ello entiendo que resulta acertada la afirmación de la cámara en el sentido de que la derogación del art. 9° se restringe a la modificación del plazo en el que serán atendidos los pagos en efectivo de la deuda consolidada, haciéndolo coincidir con el plazo de amortización de los bonos.

En efecto, los términos de la ley 23.982 no dejan lugar a dudas con respecto a su vigencia para aquellas obligaciones comprendidas dentro del período que establece -de causa o título anterior al 1° de abril de 1991- y, por ende, le resultan aplicables todas las normas referidas a las deudas consolidadas (Fallos: 328:1740), las cuales no fijan un término para la finalización de su vigencia (v. dictamen de este Ministerio Público del 18 de junio de 2012, *in re* M. 702, L. XLVII, “Marchetti, Osmar Edmundo c/ Yacimientos Mineros Aguas de Dionisio s/ daños y perjuicios”).

Toda vez que las sentencias de la Corte deben ajustarse a las circunstancias existentes al momento de su dictado aun cuando sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos:

331:2628), cabe tener presente que el art. 145 de la ley 11.672 -en su redacción actual- remite al art. 60 de la ley 26.546, que establece la serie de títulos a entregar según corresponda y sus respectivos períodos de amortización. Tales plazos permiten estimar provisionalmente el tiempo que demandará la cancelación del crédito en efectivo, de conformidad con el orden de prelación y el orden cronológico que prevén los arts. 7° y 8° de la ley 23.982 (v. sentencia del 20 de marzo de 2012, *in re* l. 212, L. XLI, “Industrias Metalúrgicas Pescarmona S.A. c/ Banco Central de la República Argentina”, que remite al dictamen de esta Procuración General).

Habida cuenta de lo expuesto, entiendo que se torna aplicable la doctrina sentada por V.E. en Fallos: 319:2931, donde sostuvo que, como lo establece el art 1° de la ley 23.982, las obligaciones comprendidas en su ámbito se consolidan después del reconocimiento firme, en sede judicial o administrativa, de la deuda. Como consecuencia de ello, se produce -en ese momento- la novación de la obligación original y de cualquiera de sus accesorios (art. 17 de la ley citada). Tal circunstancia impone que los interesados se sometan a las disposiciones de la ley y a los mecanismos administrativos previstos por ella a fin de percibir los créditos que les son reconocidos, pues su aplicación resulta inexcusable en atención al carácter de orden público que revisten (art. 16 de la ley) lo que trae aparejadas la irrenunciabilidad e imperatividad de esas disposiciones (Fallos: 331:2266).

Por lo demás, en cuanto a la supuesta existencia de cosa juzgada por haberse dispuesto un modo de liquidación del monto de la condena sin tener en cuenta las normas de consolidación, estimo que resulta aplicable al *sub lite* el criterio adoptado en Fallos: 332:979 (caso “Navarta”) pues, tal como sostiene el apelante, dicho régimen puede invocarse aun en etapa de liquidación y ejecución.

-VI-

Sentado lo anterior, entiendo que los planteos formulados subsidiariamente en la presentación de fs. 1632/1639 tendientes a obtener la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 59 y 60 de la ley 26.546 resultan inadmisibles.

Ello es así, en primer lugar, por cuanto la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitu-

cional invocados (Fallos: 315:923; 326:3024, entre otros) y que el control que al respecto compete a la Corte Suprema no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (Fallos:308:1631; 323:2409).

Por otra parte, entiendo que, sin perjuicio de la distinta normativa por la que se rigen los bonos sobre los que versa esta causa, resulta aplicable al *sub lite* el criterio establecido por el Tribunal al resolver la causa “Galli” (Fallos: 328: 690), a cuyos términos y conclusiones corresponde remitirse, en lo pertinente, por razones de brevedad. Ello es así, en razón de que, tal como advirtió V.E. en el precedente publicado en Fallos: 333: 855, una adecuada inteligencia de dicho precedente permite afirmar que en esa causa la Corte no se limitó a resolver lo relativo a la modificación de la moneda de pago -dispuesta por el decreto 471/02 respecto de los bonos regidos por la legislación argentina- sino que estableció una doctrina de amplios alcances en lo concerniente a las facultades del Estado, respecto de la posibilidad de que en épocas de graves crisis económicas limite, suspenda o reestructure los pagos de la deuda para adecuar sus servicios a las reales posibilidades de las finanzas públicas, a la prestación de los servicios esenciales y al cumplimiento de las funciones estatales básicas que no pueden ser desatendidas.

-VII-

Opino, por tanto, que corresponde declarar la admisibilidad formal del recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada con los alcances antes indicados. Buenos Aires, 3 de abril de 2013.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 28 de octubre de 2014.

Vistos los autos: “Bercún, Eduardo c/ Junta Nacional de Granos y otros s/ sumario”.

Considerando:

1º) Que la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la sentencia de primera instancia que había orde-

nado arbitrar las medidas tendientes a posibilitar el cobro en efectivo de la deuda de autos. Contra tal pronunciamiento, el Estado Nacional dedujo recurso extraordinario que fue concedido a fs. 1617/1619.

2°) Que para así decidir el a quo rechazó la improcedencia del cálculo de intereses posteriores al 1° de abril de 1991 —argüida por el Estado Nacional con sustento en la ley 23.982—, por no haber sido planteada ante el juez y remitir a lo ya resuelto en la causa a fs. 965/968. En otro orden de consideraciones, ponderó que si bien el artículo 56 de la ley 25.967 derogó el artículo 9° de la ley 23.982, de ello no se infiere que hubiera perdido vigencia la opción de cobro en efectivo previsto en el régimen de consolidación. Añadió que los alcances de la derogación se restringen a la modificación del plazo en que serán atendidos los pagos en efectivo de la deuda consolidada, haciéndolo coincidir con los plazos de amortización de los bonos.

3°) Que si bien las decisiones dictadas en la etapa de ejecución no revisten el carácter de definitivas a los fines del artículo 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a dicha regla cuando lo resuelto causa al apelante un gravamen de insusceptible reparación ulterior (Fallos: 317:1071; 322:1201; 324:826).

4°) Que el recurso extraordinario es admisible pues se encuentra en tela de juicio el alcance de normas federales y el pronunciamiento dictado por el superior tribunal de la causa ha sido contrario al derecho que la recurrente fundó en ellas.

5°) Que no cabe sostener —como postula el Estado Nacional— que ha sido cancelada la posibilidad del acreedor de optar por percibir en efectivo deudas sometidas al régimen de consolidación, porque de los términos del artículo 59 de la ley 26.728 —que con análoga redacción a la que tenía el artículo 56 de la ley 25.967 expresa la necesidad de proponer una asignación anual de recursos para atender el pasivo consolidado—, surge lo contrario. Tampoco resulta admisible invocar —como lo hace la actora— el plazo de dieciséis años que preveía el artículo 9° de la ley 23.982, toda vez que fue expresamente derogado y, en consecuencia, son los plazos de amortización de los nuevos bonos previstos por el legislador los que se deben tener en cuenta a los efectos de estimar provisionalmente el tiempo que demandará la cancelación del crédito en efectivo (artículos 59 de la ley 26.728 y 60 de la ley 26.546), de conformidad con el orden de prelación y cronológico que

prevén los artículos 7° y 8° de la ley 23.982 (doctrina de la causa M.702. XLVII “Marchetti, Osmar Edmundo c/ Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio s/ daños y perjuicios”, sentencia del 26 de marzo de 2013).

6°) Que a partir de la consolidación —que opera de pleno derecho después del reconocimiento judicial firme del crédito—, se produce la novación de la obligación originaria y de cualquiera de sus accesorios, por lo que solo subsisten para el acreedor los derechos derivados de la consolidación (artículo 17 de la ley 23.982). Asimismo, es preciso señalar que la consolidación alcanza a los efectos no cumplidos de las sentencias, laudos arbitrales y demás actos jurisdiccionales, dictados o acordados con anterioridad a su promulgación, respecto a obligaciones consolidadas, aunque hubiesen tenido principio de ejecución, o solo reste efectivizar su cancelación (artículo 6, inciso a, del decreto 2140/91).

7°) Que lo expuesto impone que el interesado se someta a las disposiciones de la ley y a los mecanismos administrativos previstos en ella y su reglamentación, a fin de percibir los créditos que les son reconocidos. Y, en lo que al sub examine interesa, ajustar el procedimiento para requerir el pago, a las previsiones de los artículos 5° y 6° de la ley 23.982 y 18 de su decreto reglamentario 2140/91, presentando ante el organismo deudor la liquidación del crédito a valores del 1° de abril de 1991 y optando en su sede por algunas de las modalidades de pago previstas por el régimen (artículos 7° y 8° de la ley 23.982, artículos 59 de la ley 26.728 y 60 de la ley 25.646), cuya aplicación deviene inexcusable en atención al carácter de orden público que revisten las normas que lo rigen —artículo 16 de la ley 23.982— lo que trae aparejadas la irre-nunciabilidad e imperatividad de esas disposiciones.

8°) Que habida cuenta del carácter señalado y de las consecuencias que de él se desprenden, la inclusión de una obligación en el régimen de consolidación, conlleva necesariamente a reconocer y ordenar la aplicación de todos los efectos previstos en las normas que lo rigen.

9°) Que las objeciones de la actora vinculadas con la validez constitucional del régimen de consolidación encuentran adecuada respuesta en las consideraciones realizadas por el Tribunal en la causa L.322. XLVI “Llevara, Walter Abraham c/ Empresa Ferrocarril General Belgrano SA y otro s/ despido”, del 29 de octubre de 2013, a las que se remite —en lo pertinente— en razón de brevedad.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance que surge del presente. Con costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, representado por la Dra. Nélide Catalina Mattiusi.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 24.

NOVIEMBRE

BRUNO, HORACIO ANGEL Y OTROS C/ SANTA FE,
PROVINCIA DE S/ ACCIÓN DECLARATIVA

PESCA

Corresponde a la competencia originaria de la Corte la acción tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 7° y 8° de la ley 12.703 de la Provincia de Santa Fe, que prohíbe la captura de toda especie de peces de río durante los meses de noviembre, diciembre y enero de cada año y hacer lugar a la medida cautelar solicitada ordenando la suspensión de los efectos de dichos artículos, el primero en tanto comprometa cupos de exportación de pesca proveniente de otras jurisdicciones y que hubieran ingresado legalmente a la Provincia de Santa Fe en virtud de las actividades autorizadas a la parte actora (art. 37 y concordantes de la ley 12.212).

- Los jueces Lorenzetti y Maqueda, en disidencia parcial, consideraron que correspondía rechazar la medida cautelar solicitada.-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Bruno Horacio Ángel, con el resto de los firmantes del escrito de inicio, en su carácter de acopiadores de pescados de río, deducen la acción del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Santa Fe, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 7° y 8° de la ley local 12.703 que prohíbe la captura de toda especie de peces de río durante los meses de noviembre, diciembre y enero de cada año.

Cuestionan el art. 7° en cuanto establece que "...la asignación de cupos a la exportación de pescado de río en los establecimientos radicados en jurisdicción provincial, serán complementarios o sustitutivos

de los que pudieran fijarse a nivel nacional...” y el art. 8° en tanto dispone que “...Durante el período de veda establecido no se permitirá la entrada y salida de la Provincia de Santa Fe de especies de pescado de río autóctonas, fresco o congelado con destino a establecimientos procesadores o exportadores de pescado”.

Señalan que son acopiadores de pescados de río con categoría A, conforme al art. 37, inc. a, del decreto 2410/04 y el art. 37 de la ley local 12.212 de Regulación de la Captura, Cría y/o Cultivo de los Recursos Pesqueros en Jurisdicción de la Provincia de Santa Fe, por lo que están habilitados para comercializar y transportar dentro y fuera de los límites de la provincia todas las especies de pescados permitidos, y que sus establecimientos, ya sean propios o alquilados, cuentan con la debida autorización del SENASA para exportar y comercializar sus productos.

Arguyen que la demandada carece de competencia para dictar ese tipo de disposiciones pues es el Gobierno Nacional quien goza de la potestad de fijar los cupos de exportación de pescado según lo dispuesto en el decreto del PEN 931/09, conforme al cual mediante la resolución 578/09 la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos de la Nación ya estableció que a la Provincia de Santa Fe le corresponde el 46,5% del volumen fijado para cada especie por el período que va desde el 1° de septiembre de 2009 al 31 de diciembre de 2009.

Agregan que, si bien la provincia tiene la facultad de complementar o sustituir los cupos exportables fijados por la Nación a efectos de su asignación y distribución entre los acopiadores categoría A, esto es sólo con respecto al pescado de río que tenga su origen en jurisdicción provincial, pero no detenta esa prerrogativa en relación a los pescados capturados legítimamente y acopiados durante la temporada de pesca comercial por los pescadores artesanales con cupos de extracción autorizados o aquellos que hayan ingresado legalmente desde otras jurisdicciones a la provincia.

Aducen, en consecuencia, que dichas disposiciones le producen un perjuicio cierto, concreto, actual, manifiesto e irreparable al prohibir la continuidad de su actividad comercial interjurisdiccional, lo cual les produce un estado de incertidumbre sobre la existencia, el alcance y el goce de sus derechos de trabajar y ejercer toda industria lícita, de navegar y comerciar dentro y fuera del país, de usar y disponer de su propiedad y, por lo tanto, conculcan los arts. 14, 16, 19, 28, 31, 75, inc. 13, y 126 de la Constitución Nacional, 3° y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 21 y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, solicitan que se dicte una medida cautelar de prohibición de innovar, por la cual, se ordene la suspensión de los efectos de las disposiciones que impugna, hasta tanto se dicte sentencia en autos sobre el fondo del asunto.

A fs. 87, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

-II-

En cuanto a la competencia originaria del Tribunal, corresponde recordar que uno de los supuestos que la suscita se configura cuando es parte una provincia y la causa reviste un manifiesto contenido federal, es decir, en el caso en que la demanda entablada se funde directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso o en tratados con las naciones extranjeras, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 322:1470; 323:2380 y 3279).

Esta hipótesis, en la que procede la justicia federal en razón de la materia (conf. art. 116 de la Ley Fundamental), lleva el propósito de afirmar las atribuciones del Gobierno Federal en las causas relacionadas con la Constitución, los tratados y las leyes nacionales, así como las concernientes a almirantazgo y jurisdicción marítima (doctrina de Fallos: 310:136; 311:489 y 919; 323:872; entre otros).

A mi modo de ver, en el *sub lite*, el planteamiento que efectúan los actores reviste un manifiesto contenido federal y, por ende, es apto para surtir la competencia originaria de la Corte, pues según se desprende de los términos de la demanda -a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, según los arts. 4° y 5° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 306:1056; 308:1239 y 2230-, cuestionan las disposiciones locales por ser contrarias, en forma directa y exclusiva, a la Constitución Nacional en cuanto presuntamente afectan el comercio interjurisdiccional de los acopiadores de pescados de río con habilitación nacional del SENASA (v. fs. 49/50).

En efecto, toda vez que el asunto en examen se vincula con el comercio interjurisdiccional -comercio y exportación de pescado-, la cuestión reviste naturaleza federal (art. 75, inc. 13 de la Ley Fundamental y Fallos: 188:27; 199:326; 271:211; 277:237; 312:1495; 321:2501; 323:1534), pues exige dilucidar si la actuación de las autoridades locales invade el ámbito que le es propio a la Nación en esa materia, en consecuencia, considero que la causa se encuentra entre las especialmente regidas por la Constitución Nacional, a las que alude el art. 2°,

inc. 1°, de la ley 48, en tanto versa sobre la preservación de las órbitas de competencia entre los poderes del Gobierno Federal y los de una provincia, lo que hace competente a la justicia nacional para entender en ella (conf. doctrina de Fallos: 329:2684 y dictámenes in re G. 1411, XLIII, Originario, “G. Gil S.A. c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ acción de amparo”, del 29 de abril de 2008, y M, 1267, XLIV, Originario, “Molinos Río de la Plata S.A. y otra c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, a los que remitió V.E. en su sentencias del 12 de agosto y 29 de diciembre de 2008).

En atención a lo expuesto, al ser parte una provincia en una causa de manifiesto contenido federal, considero que -cualquiera que sea la vecindad o nacionalidad de la actora (Fallos: 317:473; 318:30 y sus citas y 323:1716, entre otros)- el proceso corresponde a la competencia originaria de la Corte. Buenos Aires, 20 de mayo de 2010. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de noviembre de 2014.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 72/86 se presentan Horacio Ángel Bruno, Mónica Graciela Medina, Roque D´Alleva y Latitud Sur S.A., y promueven acción meramente declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Santa Fe, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 7º y 8º de la ley provincial 12.703, que prohíbe la captura de toda especie de peces de río durante los meses de noviembre, diciembre y enero de cada año.

Los cuestionan en cuanto disponen que la autoridad de aplicación “...establecerá la asignación de cupos a la exportación de pescado de río en los establecimientos radicados en jurisdicción provincial, que serán complementarios o sustitutivos de los que pudieran fijarse a nivel nacional...” (artículo 7º) y que “...Durante el período de veda establecido... no se permitirá la entrada y salida de la Provincia de Santa Fe de especies de pescado de río autóctonas, fresco o congelado con destino a establecimientos procesadores o exportadores de pescado» (artículo 8º).

Afirman que son acopiadores de pescados de río con categoría A, conforme al artículo 37, inciso a, del decreto 2410/04 y el artículo 37 de la ley local 12.212 de regulación de la captura, cría y/o cultivo de los recursos pesqueros en jurisdicción de la Provincia de Santa Fe, por lo que están habilitados para comercializar y transportar dentro y fuera de los límites de la provincia todas las especies de pescados permitidos, y que sus establecimientos, ya sean propios o alquilados, cuentan con la debida autorización del SENASA para exportar y comercializar sus productos.

Sostienen que la demandada carece de competencia para dictar ese tipo de disposiciones pues es el Gobierno Nacional quien goza de la potestad de fijar los cupos de exportación de pescado según lo dispuesto en el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 931/09, conforme al cual mediante la resolución 578/09 la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos de la Nación ya estableció que a la Provincia de Santa Fe le corresponde el 46,5% del volumen fijado para cada especie por el periodo que va desde el 1° de septiembre de 2009 al 31 de diciembre de 2009.

Agregan que, si bien la provincia tiene la facultad de complementar o sustituir los cupos exportables fijados por la Nación a efectos de su asignación y distribución entre los acopiadores categoría A, esto es solo con respecto al pescado de río que tenga su origen en jurisdicción provincial, pero no tiene esa prerrogativa en relación a los pescados capturados legítimamente y acopiados durante la temporada de pesca comercial por los pescadores artesanales con cupos de extracción autorizados o a aquellos que hayan ingresado legalmente desde otras jurisdicciones a la provincia. En este aspecto señalan que en su calidad de almacenadores, reúnen entre sus productos los que son extraídos de las aguas de otras provincias e incluso del mar; y en ese orden de ideas indican que si bien reconocen el derecho local tendiente a proteger sus productos provinciales, lo impugnan al vedar el giro comercial de aquellos que provienen de otras.

Arguyen, en consecuencia, que dichas disposiciones les producen un perjuicio cierto, concreto, actual, manifiesto e irreparable al prohibir la continuidad de su actividad comercial interjurisdiccional, lo cual les produce un estado de incertidumbre sobre la existencia, el alcance y el goce de sus derechos de trabajar y ejercer toda industria lícita, de navegar y comerciar dentro y fuera del país, de usar y disponer de su

propiedad y, por lo tanto, conculcan los artículos 14, 16, 19, 28, 31, 75, inc. 13, y 126 de la Constitución Nacional, 3° y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 21 y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, solicitan que se dicte una medida cautelar de prohibición de innovar, por la cual se ordene la suspensión de los efectos de las disposiciones que impugnan, hasta tanto se dicte sentencia en autos sobre el fondo del asunto.

2°) Que la presente demanda es de la competencia originaria de esta Corte, de acuerdo con los fundamentos y la conclusión dados en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal que antecede, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

3°) Que con relación a la pretensión cautelar, este Tribunal ha establecido que si bien, por vía de principio, medidas como las requeridas no proceden respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles (Fallos: 250:154; 307:1702; 314:695; 329:2684, 4158; 330:2470, entre otros).

4°) Que asimismo, ha dicho que “como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo agota su virtualidad” (Fallos: 306:2060; 330:2610 y 5226; 329:4822 y 4829, entre otros).

5°) Que en el sub lite resultan suficientemente acreditados los presupuestos previstos en los incisos 1° y 2° del artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para acceder a la medida pedida (arg. Fallos: 331:2919 y causa A.2043.XLI “Antonio Barillari S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, pronunciamiento del 18 de septiembre de 2012).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar que la presente causa co-

rresponde a la competencia originaria de la Corte. II. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 319 y 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, imprimir a la presente causa el trámite del proceso ordinario. En su mérito, correr traslado de la demanda a la Provincia de Santa Fe por el término de sesenta días. A fin de practicar la notificación correspondiente al señor Gobernador de la provincia y al señor Fiscal de Estado, líbrese oficio al señor Juez Federal de la ciudad de Santa Fe. III. Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y ordenar la suspensión de los efectos de los artículos 7° y 8° de la ley 12.703, el primero en tanto comprometa cupos de exportación de pesca proveniente de otras jurisdicciones, y que hubieran ingresado legalmente a la Provincia de Santa Fe en virtud de las actividades autorizadas a la parte actora (artículo 37 y concordantes de la ley 12.212). A fin de notificar la medida dispuesta al señor Gobernador, líbrese oficio. Notifíquese a la actora por cédula que se confeccionará por Secretaría.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia parcial*)— ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA (*en disidencia parcial*)— E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que los infrascriptos coinciden con los considerandos 1° y 2° del voto de la mayoría.

3° Que este Tribunal ha establecido que medidas cautelares como la requerida no proceden, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan (Fallos: 328:3018, entre otros).

4° Que en virtud de ello, en el sub lite el Tribunal considera que los elementos de ponderación con los que se cuenta en esta etapa del proceso son insuficientes para desvirtuar la presunción de validez del

acto legislativo cuestionado (artículo 230, inciso 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de la Corte. II. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 319 y 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, imprimir a la presente causa el trámite del proceso ordinario. En su mérito, correr traslado de la demanda a la Provincia de Santa Fe por el término de sesenta días. A fin de practicar la notificación correspondiente al señor Gobernador de la provincia y al señor Fiscal de Estado, líbrese oficio al señor Juez Federal de la ciudad de Santa Fe. III. Rechazar la medida cautelar solicitada. Notifíquese a la actora por cédula que se confeccionará por Secretaría.

RICARDO LUIS LORENZETTI — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Parte actora: **Horacio Ángel Bruno, Mónica Graciela Medina, Roque D´Alleva y Latitud Sur S.A.** (representados por el señor **Juan Alberto Stessens**), con el patrocinio letrado de los **Dres. Héctor Gabriel Somaglia y José María Williner**.

Parte demandada: **Provincia de Santa Fe**.

**CARRERAS, ALDO OMAR Y OTROS S/ DEFRAUDACIÓN CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA S/ INCIDENTE DE FALTA DE ACCIÓN PROMOVIDO
POR LA DEFENSA DE RALPH MATTHIAS KLEINHEMPEL**

NE BIS IN IDEM

Cabe dejar sin efecto la sentencia que sin atender a la sustancia real del planteo efectuado-se recurria la decisión que no había hecho lugar a la excepción de falta de acción y cosa juzgada “ne bis in idem”- desestimó la vía casatoria por considerar que el rechazo de aquella excepción no encuadraba en los supuestos de sentencias recurribles que contiene el artículo 457 del CPPN, toda vez que la exclusión de la competencia del a quo se basó en una interpretación irrazonable de dicha norma que no armoniza con las restantes normas del ordenamiento jurídico, correspondiendo hacer excepción a la doctrina según la cual no revisten la calidad de sentencia definitiva las resoluciones cuya consecuencia sea

la obligación de seguir sometido a proceso penal, en los supuestos en los que el recurso se dirige a lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de noviembre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa de Ralph Matthias Kleinhempel en la causa Carreras, Aldo Omar y otros s/ defraudación contra la administración pública s/ incidente de falta de acción promovida por la defensa de Ralph Matthias Kleinhempel”, para decidir sobre su procedencia

Considerando:

1°) Que el recurso extraordinario federal –cuya denegación dio origen a esta queja- fue interpuesto contra la resolución de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal que declaró mal concedido el recurso de casación deducido contra el fallo de la Sala II de la Cámara Criminal y Correccional Federal que confirmó la decisión de primera instancia que no había hecho lugar a la excepción de falta de acción y cosa juzgada “ne bis in ídem” interpuesta por la defensa de Ralph Matthias Kleinhempel.

2°) Que el a quo, sin atender a la sustancia real del planteo efectuado, desestimó la vía casatoria por considerar que el rechazo de una excepción de falta de acción no encuadraba en los supuestos de resoluciones recurribles que contiene el artículo 457 del ordenamiento adjetivo.

3°) Que el recurrente tacha de arbitrario lo resuelto puesto que encontrándose afectado un derecho federal susceptible de tutela inmediata, no se le atribuyó carácter de definitiva a la sentencia impidiendo así el examen de la impugnación.

4°) Que, como es sabido, la doctrina invocada por el apelante tiende a resguardar la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del

derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 311:948, 2314, 2547; 312:2507, entre otros).

5°) Que en el sub lite se han vulnerado esos principios toda vez que la exclusión de la competencia del a quo se basa en una interpretación irrazonable del artículo 457 del Código Procesal Penal que no armoniza con las restantes normas del ordenamiento jurídico (conf. Fallos: 329:1541). En efecto, de acuerdo con jurisprudencia constante del Tribunal, corresponde hacer excepción a la doctrina según la cual no revisten la calidad de sentencia definitiva las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso penal, en los supuestos en los que el recurso se dirige a lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal (Fallos: 314:377, considerandos 3° y 4°, entre otros).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el fallo apelado. Hágase saber, acumúlese al principal y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **Ralph Matthias Kleinhempel**, representado por los Dres. **Miguel Ángel Sarrabayrouse Bargalló** y **Juan Manuel Sarrabayrouse**.

Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Sala II de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal y Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 4**.

CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ Y OTROS c/
PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO s/ CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

Si bien lo atinente a la caducidad de la instancia remite a cuestiones fácticas y procesales ajenas, como principio, al recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48, cabe apartarse de tal regla cuando

el examen de los requisitos para la procedencia de la perención se efectuó con injustificado rigor formal afectando a la garantía de defensa en juicio y el debido proceso, máxime cuando, como en el caso, la demandada también ha invocado la defensa de prescripción, con lo cual la recurrente podría perder la posibilidad de reiterar eficazmente su reclamo en sede judicial.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de noviembre de 2014.

Vistos los autos: “Constructora Andrade Gutiérrez S.A. y otros c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ contencioso administrativo”.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, que hizo lugar al pedido del Fiscal de Estado y declaró la caducidad de la instancia (fs. 715/723 vta.), la actora interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad.

2º) Que, en apoyo de tal decisión, el a quo consideró que la ampliación de demanda presentada el 8 de noviembre de 2011 no había sido un acto idóneo para interrumpir el curso de la caducidad, porque “el escrito presentado no hace más que transmitir al Tribunal la situación de progreso en las tratativas de las partes con la finalidad de solucionar de un modo amigable la controversia, pero en modo alguno se tradujo en una alteración o modificación de los términos en los que originariamente se había trabado el conflicto”.

Asimismo, entendió que la nueva prueba instrumental ofrecida por la actora -en particular, el decreto 2381/11- no tenía incidencia alguna en el pleito, pues “los considerandos del citado acto reflejan la expresa salvedad efectuada por la Provincia en orden a que las manifestaciones efectuadas en el mismo no implicaban reconocimiento alguno en el marco del reclamo judicial en trámite”.

3º) Que de las constancias de la causa resulta que la actora es cesionaria del contrato de obra pública firmado el 24 de septiembre de 1996, mediante el cual la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur adjudicó la realización de la primera etapa de la construcción del Puerto Caleta La Misión.

Tal como surge de diversas pruebas obrantes en el expediente, la provincia no logró encontrar financiación para la obra licitada y ello llevó a la suspensión y posterior paralización de los trabajos por casi diez años (ver fs. 223/226, 250/252, 339/447 y 727/742 vta.).

Ante estas circunstancias, el 15 de septiembre de 2009 la contratista promovió demanda ante el Superior Tribunal de Tierra del Fuego en los términos de los artículos 34, 53 y 54 de la Ley de Obras Públicas 13.064 y solicitó la rescisión del contrato por culpa de la provincia, así como el pago de los daños y perjuicios correspondientes.

4º) Que, en su presentación del 8 de noviembre de 2011, la actora denunció la existencia de hechos y documentos nuevos que, según consideró, eran trascendentes para evaluar la procedencia de la pretensión de su parte en este juicio.

Explicó que, ante la paralización de los trabajos y la falta de fondos provinciales para reanudarla, la empresa Servicios Navieros Piedrabuena S.A. Ingeniería Marítima había manifestado su interés en hacerse cargo del financiamiento y continuación de la obra. Por ese motivo la provincia había decidido convocar a la actora y a Piedrabuena para tratar de solucionar el conflicto y continuar con la construcción del puerto.

Señaló que, con este objetivo, se habían firmado la Carta de Intención del 5 de octubre de 2010 (ratificada por decreto 2423 del 29 de octubre de 2010), y la Carta Compromiso del 18 de diciembre de 2010 (ratificada por decreto 358/2011). Y que, en cumplimiento de esta última y con la autorización del Poder Ejecutivo provincial (decreto 2381/11), la actora y Piedrabuena habían suscripto sendos acuerdos de cesión de los derechos y obligaciones derivados del contrato de obra pública, así como de los derechos litigiosos que se encuentran en discusión en este expediente.

La actora manifestó que, en el marco de las negociaciones, la provincia había reconocido que no contaba con los recursos necesarios para financiar el emprendimiento. Entendió que ese reconocimiento era trascendente para evaluar la procedencia de la pretensión de su parte en este juicio. Y, por ende, ofreció los acuerdos y decretos mencionados como nueva prueba instrumental (ver fs. 656/657 vta.).

5°) Que lo atinente a la caducidad de la instancia remite a cuestiones fácticas y procesales ajenas, como principio, al recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48. Sin embargo, corresponde apartarse de tal regla cuando el examen de los requisitos para la procedencia de la perención se efectúa con injustificado rigor formal que afecta la garantía de defensa en juicio y el debido proceso (Fallos: 320:1821; 324:3645; 329:1391, entre otros). Máxime cuando, como en este caso, la demandada también ha invocado la defensa de prescripción, con lo cual la recurrente podría perder la posibilidad de reiterar eficazmente su reclamo en sede judicial (Fallos: 306:851; 319:2822; 324:3645).

6°) Que, en el sub lite, el a quo ha actuado con excesivo rigor formal y no ha ponderado debidamente los fundados argumentos planteados por la apelante al responder el pedido de caducidad presentado por el Fiscal de Estado.

En particular, la actora alegó que, en el curso de las negociaciones, la demandada había reconocido diversas cuestiones centrales debatidas en este pleito: que la provincia no contaba con los fondos necesarios para continuar con la obra; que los trabajos habían estado paralizados por casi diez años y que ello no era imputable a la contratista; y que la actuación de la empresa había sido satisfactoria. Explicó que, por ese motivo, “era absolutamente indispensable llevar a cabo la incorporación de los hechos denunciados, así como la agregación de documentos nuevos y ofrecimiento de prueba adicional” mediante una ampliación de la demanda (fs. 697/710 vta., en especial, fs. 699 vta.).

Ante estos planteos, el Superior Tribunal local se limitó a señalar que “el escrito presentado no hace más que transmitir al Tribunal la situación de progreso en las tratativas de las partes con la finalidad de solucionar de un modo amigable la controversia”. No se hizo cargo, por ejemplo, de que en la Carta de Intención del 5 de octubre de 2010 se había dejado expresa constancia de que la obra Nuevo Puerto Caleta La Misión “no ha podido finalizarse, llevando más de diez años suspen-

didada con motivo de no haberse obtenido en ese lapso por parte de LA PROVINCIA los fondos suficientes para su continuación”. Tampoco de que, tanto en la citada Carta de Intención como en la Carta Compromiso del 18 de diciembre del mismo año, se manifestó que “hasta la actualidad la contratista ha preservado la obra ejecutada en condiciones idóneas ya sea para la continuación del Proyecto (...) o bien para reutilizarse en un proyecto alternativo”.

De lo expuesto puede colegirse, sin mayor esfuerzo, que las nuevas circunstancias denunciadas eran relevantes y conducentes para evaluar la procedencia de la pretensión.

7°) Que no obsta a esta conclusión el hecho de que, en varios de los acuerdos y decretos denunciados como hechos nuevos, la provincia dejara sentado que las manifestaciones allí realizadas no implicaban reconocimiento alguno con relación a los reclamos formulados en estos autos. Es que lo que correspondía evaluar en esta etapa no era el valor probatorio de los documentos, sino si éstos podían, eventualmente, tener alguna incidencia en el pleito.

8°) Que, por lo demás, esta interpretación es la que mejor se ajusta al criterio sentado por esta Corte en materia de caducidad de instancia, según el cual se trata de un instituto de interpretación restrictiva, cuya procedencia corresponde descartar en los casos de duda razonable, en los que debe privilegiarse la solución que mantenga con vida el proceso (Fallos: 324:1459, 1992 y causa G.2744.XXXVIII “Galvalisi, Giancarla c/ Anses”, fallada el 23 de octubre de 2007).

9°) Que, finalmente, y solo a mayor abundamiento, cabe recordar que fue la provincia quien admitió que las obras estaban paralizadas desde el año 1999 por falta de fondos, e invitó a la actora a negociar en forma extrajudicial para intentar solucionar el conflicto y continuar con la construcción del puerto. Durante esas tratativas, la contratista actuó con voluntad conciliadora y aceptó la propuesta de cesión de derechos. Sin embargo, la promesa se frustró nuevamente, no por culpa de la actora, sino porque la provincia, una vez más, no consiguió los fondos para financiar la obra.

En este contexto, que el Fiscal de Estado solicite la caducidad de la instancia y oponga la defensa de prescripción de la acción, resulta un inadmisibleso artificio tendiente a impedir un pronunciamiento so-

bre el fondo del pleito (Fallos: 313:1156; 319:1616; 329:1391; 335:1709) y, por ende, una conducta contraria al principio de buena fe que informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico y debe regir la conducta de los entes estatales (Fallos: 312:1725; 318:2050; 320:521; 325:1787, entre muchos otros).

10) Que, por las razones expuestas, cabe concluir que el pronunciamiento impugnado ha incurrido en un exceso ritual que lo descalifica como acto judicial válido, con grave afectación de las garantías de defensa en juicio y del debido proceso, por lo que corresponde dejarlo sin efecto.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia*)— ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*)— JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, que hizo lugar al pedido del Fiscal de Estado y declaró la caducidad de la instancia (fs. 715/723 vta), la actora interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad.

2°) Que, en apoyo de tal decisión, el a quo consideró que la ampliación de demanda presentada el 8 de noviembre de 2011 no había sido un acto idóneo para interrumpir el curso de la caducidad, porque “el escrito presentado no hace más que transmitir al Tribunal la situación de progreso en las tratativas de las partes con la finalidad de solucionar de un modo amigable la controversia, pero en modo alguno se tradujo en una alteración o modificación de los términos en los que originariamente se había trabado el conflicto”.

Asimismo, entendió que la nueva prueba instrumental ofrecida por la actora -en particular, el decreto 2381/11- no tenía incidencia alguna en el pleito, pues “los considerandos del citado acto reflejan la expresa salvedad efectuada por la Provincia en orden a que las manifestaciones efectuadas en el mismo no implicaban reconocimiento alguno en el marco del reclamo judicial en trámite”.

3º) Que de las constancias de la causa resulta que la actora es cesionaria del contrato de obra pública firmado el 24

de septiembre de 1996, mediante el cual la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur adjudicó la realización de la primera etapa de la construcción del Puerto Caleta La Misión.

Tal como surge de diversas pruebas obrantes en el expediente, la provincia no logró encontrar financiación para la obra licitada y ello llevó a la suspensión y posterior paralización de los trabajos por casi diez años (ver fs. 223/226, 250/252, 339/447 y 727/742 vta.).

Ante estas circunstancias, el 15 de septiembre de 2009 la contratista promovió demanda ante el Superior Tribunal de Tierra del Fuego en los términos de los artículos 34, 53 y 54 de la Ley de Obras Públicas 13.064 y solicitó la rescisión del contrato por culpa de la provincia, así como el pago de los daños y perjuicios correspondientes.

4º) Que, en su presentación del 8 de noviembre de 2011, la actora denunció la existencia de hechos y documentos nuevos que, según consideró, eran trascendentes para evaluar la procedencia de la pretensión de su parte en este juicio.

Explicó que, ante la paralización de los trabajos y la falta de fondos provinciales para reanudarla, la empresa Servicios Navieros Piedrabuena S.A. Ingeniería Marítima había manifestado su interés en hacerse cargo del financiamiento y continuación de la obra. Por ese motivo la provincia había decidido convocar a la actora y a Piedrabuena para tratar de solucionar el conflicto y continuar con la construcción del puerto.

Señaló que, con este objetivo, se habían firmado la Carta Intención del 5 de octubre de 2010 (ratificada por decreto 2423 del 29 de octubre

de 2010), y la Carta Compromiso del 18 de diciembre de 2010 (ratificada por decreto 358/2011). Y que, en cumplimiento de esta última y con la autorización del Poder Ejecutivo provincial (decreto 2381/11), la actora y Piedrabuena habían suscripto sendos acuerdos de cesión de los derechos y obligaciones derivados del contrato de obra pública, así como de los derechos litigiosos que se encuentran en discusión en este expediente.

La actora manifestó que, en el marco de las negociaciones, la provincia había reconocido que no contaba con los recursos necesarios para financiar el emprendimiento. Entendió que ese reconocimiento era trascendente para evaluar la procedencia de la pretensión de su parte en este juicio. Y, por ende, ofreció los acuerdos y decretos mencionados como nueva prueba instrumental (ver fs. 656/657 vta.).

5°) Que lo atinente a la caducidad de la instancia remite a cuestiones fácticas y procesales ajenas, como principio, al recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48. Sin embargo, corresponde apartarse de tal regla cuando el examen de los requisitos para la procedencia de la perención se efectúa con injustificado rigor formal que afecta la garantía de defensa en juicio y el debido proceso (Fallos: 320:1821; 324:3645; 329:1391, entre otros). Máxime cuando, como en este caso, la demandada también ha invocado la defensa de prescripción, con lo cual la recurrente podría perder la posibilidad de reiterar eficazmente su reclamo en sede judicial (Fallos: 306:851; 319:2822; 324:3645).

6°) Que, en el sub lite, el a quo ha actuado con excesivo rigor formal y no ha ponderado debidamente los fundados argumentos planteados por la apelante al responder el pedido de caducidad presentado por el Fiscal de Estado.

En particular, la actora alegó que, en el curso de las negociaciones, la demandada había reconocido diversas cuestiones centrales debatidas en este pleito: que la Provincia no contaba con los fondos necesarios para continuar con la obra; que los trabajos habían estado paralizados por casi diez años y que ello no era imputable a la contratista; y que la actuación de la empresa había sido satisfactoria. Explicó que, por ese motivo, “era absolutamente indispensable llevar a cabo la incorporación de los hechos denunciados, así como la agregación de documentos nuevos y ofrecimiento de prueba adicional” mediante una ampliación de la demanda (fs. 697/710 vta., en especial, fs. 699 vta.).

Ante estos planteos, el Superior Tribunal local se limitó a señalar que “el escrito presentado no hace más que transmitir al Tribunal la situación de progreso en las tratativas de las partes con la finalidad de solucionar de un modo amigable la controversia”. No se hizo cargo, por ejemplo, de que en la carta de intención del 5 de octubre de 2010 se había dejado expresa constancia de que la obra Nuevo Puerto Caleta La Misión “no ha podido finalizarse, llevando más de diez años suspendida con motivo de no haberse obtenido en ese lapso por parte de LA PROVINCIA los fondos suficientes para su continuación”. Tampoco de que, tanto en la citada carta de intención como en la carta compromiso del 18 de diciembre del mismo año, se manifestó que “hasta la actualidad la contratista ha preservado la obra ejecutada en condiciones idóneas ya sea para la continuación del Proyecto (...) o bien para reutilizarse en un proyecto alternativo”.

De lo expuesto puede colegirse, sin mayor esfuerzo, que las nuevas circunstancias denunciadas eran relevantes y conducentes para evaluar la procedencia de la pretensión.

7º) Que no obsta a esta conclusión el hecho de que, en varios de los acuerdos y decretos denunciados como hechos nuevos, la provincia dejara sentado que las manifestaciones allí realizadas no implicaban reconocimiento alguno con relación a los reclamos formulados en estos autos. Es que lo que correspondía evaluar en esta etapa no era el valor probatorio de los documentos, sino si éstos podían, eventualmente, tener alguna incidencia en el pleito.

8º) Que, por lo demás, esta interpretación es la que mejor se ajusta al criterio sentado por esta Corte en materia de caducidad de instancia, según el cual se trata de un instituto de interpretación restrictiva, cuya procedencia corresponde descartar en los casos de duda razonable, en los que debe privilegiarse la solución que mantenga con vida el proceso (Fallos: 324:1459, 1992 y causa G.2744.XXXVIII “Galvalisi, Giancarla c/Anses”, fallada el 23 de octubre de 2007).

9º) Que, por las razones expuestas, cabe concluir que el pronunciamiento impugnado ha incurrido en un exceso ritual que lo descalifica como acto judicial válido, con grave afectación de las garantías de defensa en juicio y del debido proceso, por lo que corresponde dejarlo sin efecto.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS
LORENZETTI Y DEL SEÑOR MINISTRO DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que el recurso extraordinario interpuesto es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se lo desestima. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — CARLOS S. FAYT.

Recurso extraordinario interpuesto por **Constructora Andrade Gutiérrez S.A. y otros, actora en autos**, representada por el **Dr. Jorge Eduardo Kreser Pereyra**.

Traslado contestado por la **Provincia de Tierra del Fuego, demandada en autos**, representada por el **Dr. Maximiliano Augusto Tavarone**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Maximiliano Juan Malnati y César Rosso Castellaro**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur**.

INTENDENTE MUNICIPAL CAPITAL S/ AMPARO

MUNICIPALIDADES

El rechazo in limine del amparo interpuesto por el intendente de la ciudad de La Rioja con el fin de que se declare la inconstitucionalidad del incumplimiento de su provincia de dictar el régimen de coparticipación municipal previsto en los arts. 168 y 173 de la Constitución

local y en el art. 9° inc. g de la ley 23.548 carece de todo desarrollo argumentativo racional respecto de las cuestiones constitucionales y no satisface la garantía constitucional de fundamentación de las sentencias judiciales, en tanto no podía clausurar definitivamente el debate sobre la naturaleza no justiciable de las cuestiones de trascendencia institucional que se plantean rechazando in limine el amparo, pues el respeto al régimen federal de gobierno y al ejercicio en plenitud de la zona de reserva jurisdiccional de las provincias exige reconocer a sus magistrados el carácter de irrenunciables custodios de garantías de la Constitución Nacional.

REGIMEN DE COPARTICIPACION MUNICIPAL

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó in limine la acción de amparo a fin de que se declare la inconstitucionalidad del incumplimiento de su provincia de dictar el régimen de coparticipación municipal, ya que el Superior Tribunal de Justicia provincial no podía clausurar definitivamente el debate sobre la naturaleza no justiciable de las cuestiones de trascendencia institucional que se plantean rechazando in limine el amparo, pues el respeto al régimen federal de gobierno y al ejercicio en plenitud de la zona de reserva jurisdiccional de las provincias exige reconocer a sus magistrados el carácter de irrenunciables custodios de garantías de la Constitución Nacional.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 53/58 vta. de los autos principales (a los que se referirán las siguientes citas, salvo indicación en contrario), el intendente municipal de la ciudad de La Rioja inició la presente acción de amparo ante el Tribunal Superior de Justicia local, demandando a la Provincia de La Rioja, debido a la omisión de ésta en sancionar una ley de coparticipación provincial de impuestos, y fundándose en lo ordenado por los arts. 168 y 173 de la constitución local y en el art. 9, pto. g), de la ley 23.548.

Indicó que el sistema nacional de coparticipación federal de impuestos, previsto en el art. 75, inc. 2, de la Constitución Nacional, y regulado por la Ley 23.548, prevé la transferencia de recursos tribu-

tarios desde la Nación hacia las provincias, como así también que éstas deben replicarlo hacia sus municipios, mediante mecanismos de similar naturaleza.

En ese orden de ideas, expresó que la falta de instrumentación de un sistema local por parte de la demandada le obtura la participación en los ingresos tributarios federales y locales, con lesión a la autonomía municipal que ordena la Constitución Nacional en los arts. 5° y 123, afectando también el régimen republicano de gobierno y el sistema federal de Estado.

Tras fundar la procedencia formal de la vía intentada en lo preceptuado por el art. 43 de la Carta Magna, en el art. 28 de la constitución provincial y en los arts. 379 y cc. del código procesal civil local, adujo que la autonomía institucional, política y financiera de su municipio se ve afectada severamente, no sólo por no contar con los recursos suficientes para cumplir con los fines normativamente impuestos, sino también por la falta de previsibilidad en cuanto a los montos a recibir, como así también en lo relativo a su disponibilidad cierta y oportuna, restando toda certeza a su gestión.

Explicó que se trata de una cuestión de inconstitucionalidad por omisión en la sanción de una norma, lo que involucra tanto al Poder Legislativo local, como también al Poder Ejecutivo ya que tampoco ejerce su facultad de instar una ley en tal sentido, frente a un claro mandato positivo por parte de las normas superiores del ordenamiento jurídico.

-II-

A fs. 67/83, por mayoría, el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja resolvió rechazar *in limine* la acción de amparo articulada.

En el voto del juez Ana, al que adhirió el juez Pagotto, se expresó que si bien la cuestión traída a resolver era la admisibilidad formal del amparo en los términos del art. 382 del código de rito local, dado que la controversia planteada era de puro derecho, en aras de la celeridad procesal, cabía expedirse sobre su aspecto sustancial.

En tal sentido, y tras admitir la competencia del tribunal, expresó que el art. 168 de la constitución local establece la autonomía institucional, política, administrativa, económica y financiera de los municipios, y que la Legislatura debe sancionar un régimen de coparticipación municipal, fijando la distribución de fondos entre la provincia y los municipios. Agregó que el art. 173 prevé la conformación del tesoro de los municipios, entre los cuales se encuentran las sumas relativas a la

coparticipación provincial, en la forma en que los municipios convengan con la Provincia.

Con base en tal inteligencia, sostuvo que el régimen de coparticipación provincial hacia los municipios está supeditado a la formalización de acuerdos o convenios entre éstos y la Provincia, de manera similar a lo regulado, a nivel federal, por el art. 75, inc. 2, de la Constitución Nacional entre la Nación y los Estados provinciales. Es decir que primeramente deben intervenir los departamentos ejecutivo y municipal, para alcanzar los acuerdos señalados, y seguidamente la función legislativa, para consagrar normativamente ese resultado. En tal orden de ideas, señaló que no puede sostenerse la existencia de una conducta omisiva por parte de la Legislatura provincial, toda vez que aún no se ha cumplido con el hecho condicionante relativo a los mencionados acuerdos previos entre el municipio actor y la Provincia.

Por su parte, el juez Brizuela, en similares términos, pasó a considerar el fondo de la cuestión y propuso su rechazo, aunque discrepando de la interpretación constitucional realizada. Afirmó que la constitución local puso en cabeza de la Legislatura la competencia para sancionar la ley de coparticipación hacia los municipios, sin sujetarla al previo logro de acuerdos de especie alguna. Añadió que es un hecho que el régimen riojano no ha sido dictado todavía.

Tras sostener que la Ley 23.548 se halla suspendida en su aplicación por su similar 24.130 y sus sucesivas prórrogas, dijo que las normas constitucionales invocadas como así también la materia traída a conocimiento del tribunal son programáticas, políticas y complejas, configurando una cuestión improponible ante la Justicia, ya que no es judicializable por ser ajena al Poder Judicial, el que no puede inmiscuirse sin violar la división de poderes del Estado. Agregó que el tribunal carece de poder coactivo para librar un mandamiento que implique ejecutar el imperativo constitucional a la Legislatura, bajo apercibimiento de sanciones, ni puede suplir la omisión dictando una norma general.

-III-

El municipio actor presentó el recurso extraordinario que luce a fs. 103/118 vta., cuya denegación a fs. 136/140 vta. dio origen a esta presentación directa.

Tras remarcar que La Rioja es la única provincia que no ha establecido todavía un régimen de coparticipación local, remarcó que la sentencia en crisis convalida una clara violación a los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional, y 168 y 173 de la constitución riojana.

Indicó que en el año 2007, mediante la ley 8.149, se suspendieron sus similares 8.034 y 8.067, mediante las cuales se había establecido la distribución de fondos a los municipios, y que a partir de ese momento las asignaciones se han realizado de manera arbitraria y carente de fundamento y previsibilidad, percibiendo ella montos significativamente menores a los anteriormente abonados.

Adujo que la situación reviste gravedad institucional, puesto que se afecta grave y burdamente el aspecto financiero de la autonomía municipal, comprometiéndose una base esencial del sistema democrático republicano de gobierno, y la forma de nuestro Estado federal, y comprendiendo además el interés de los restantes municipios de la Provincia.

Agregó que la sentencia resulta arbitraria porque se ha desconocido la sustancia de la mencionada autonomía municipal tal como fue garantizada por la Corte Suprema en los precedentes “Rivademar”, “Municipalidad de Rosario” y “Ponce” y puesto que la acción de amparo fue rechazada *in limine*, sin fundamentos razonables y sin realizar un estudio siquiera mínimo de las normas federales involucradas.

-IV-

Estimo que es mi deber dejar advertido que en autos se halla cuestionada tanto la efectiva aplicación y vigencia del régimen de coparticipación federal de impuestos (art. 75, inc. 2°, de la Constitución Nacional y ley 23.548 y sus complementarias), como también el derecho que asiste a los municipios de provincia a gozar de la autonomía que nuestro ordenamiento les concede (arts. 5° y 123 de la Constitución Nacional), y que ambos son asuntos de indudable y preponderante trascendencia institucional, ya que vertebran financiera e institucionalmente la forma federal de Estado que adoptó nuestro país.

Con relación al primero de ellos, y de manera sintética, puede recordarse que ha sostenido esa Corte que el art. 75, inc. 2°, de la Carta Magna, tras su reforma de 1994, ha asignado rango constitucional al instituto de la coordinación financiera instaurado por los mecanismos de coparticipación provincial en impuestos nacionales, y que es ella la que *“regula actualmente tanto los aspectos sustanciales como los instrumentales de la coparticipación federal de impuestos, a la vez que delega en el Congreso de la Nación la determinación de las pautas para su distribución”*, y que *“la afectación del sistema así establecido involucra, en principio, una cuestión constitucional”* (Fallos: 324:4226).

De manera coincidente, este Ministerio Público ha señalado que *“El sistema de coparticipación constituye una herramienta indispensable del federalismo fiscal argentino, de ya larga tradición en nuestro derecho positivo, inaugurada en 1935 (...)”* y que *“su función primera es contribuir al logro de la coordinación vertical de competencias tributarias entre los distintos niveles de gobierno de nuestro Estado federal (art. 1° de la Constitución Nacional)”* (dictamen del 25 de agosto de 2008, en la causa G.28, L.XLIII, “Gas Natural Ban S.A. c/ Provincia de Buenos Aires si violación del art. 22 de la Ley Nacional 23.966”, sentenciada el 18 de junio de 2013).

Paralelamente, también debe ponerse de manifiesto que en el art. 9° de la ley 23.548, actualmente en vigor, se establece una serie de obligaciones que asumen las provincias que adhieren voluntariamente a su régimen -por si y por sus municipios-, entre las cuales cabe aquí remarcar la de su pto. g), en cuanto cada provincia *“se obliga a establecer un sistema de distribución de los ingresos que se originen en esta Ley para los municipios de su jurisdicción, el cual deberá estructurarse asegurando la fijación objetiva de los índices de distribución y la remisión automática y quincenal de los fondos”*.

Es decir que el Congreso Nacional ha considerado que resulta esencial al régimen vigente de coparticipación federal de impuestos que los municipios también queden comprendidos en éste, en cuanto a las obligaciones como a los derechos que él importa. Y, con respecto a estos últimos, que ellos deben resultar beneficiarios del reparto de los recursos federales que se asignan a sus respectivas provincias, teniendo éstas la obligación de poner en práctica un sistema de participación y transferencia en dichos fondos, dentro del amplio margen de discrecionalidad que la norma implícitamente concede. Esta circunstancia es la que otorga al municipio actor innegable legitimación para plantear un asunto vinculado con el cumplimiento del régimen de coparticipación frente a la provincia de la que forma parte.

Y, con respecto a la autonomía de los municipios de provincia, la evidente importancia institucional del asunto que ha reconocido V. E. queda de relieve con la sola recordación de los precedentes de Fallos: 157:25; 156:323; 192:17, entre otros, y más cercanamente con los de Fallos: 312:326 (“Rivademar”), 314:495 (“Municipalidad de la Ciudad de Rosario”), 325:1249 (“Municipalidad de La Plata”) y 328:175 (“Ponce”), entre tantos otros.

En el último de los casos citados, V. E. indicó -por remisión al dictamen de esta Procuración General- que el límite fundamental

para determinar el ámbito de legitimidad de las autonomías de los municipios en los órdenes institucional, político, administrativo y financiero se encuentra en el principio de razonabilidad contenido en el art. 28 de la Ley Fundamental, en virtud del cual las constituciones provinciales no pueden, bajo la apariencia de reglamentar tal autonomía, transponer los límites de lo racional y razonable para la vigencia efectiva de los municipios y que si bien lo atinente a imponer un alcance determinado a la autonomía municipal es atribución del constituyente provincial, una vez ejercido ese poder, las autoridades constituidas deben respetar el grado de autonomía asignado a los diferentes niveles de gobierno.

-V-

Con el trasfondo del marco referido en el acápite anterior, tengo para mí que la sentencia de fs. 67/83 resulta pasible de la tacha de arbitrariedad, a la luz de la señera doctrina del Tribunal sobre tal vicio, toda vez que ha procedido a desestimar *in limine* la demanda -sin al menos dar traslado de ella y, en consecuencia, sin permitir siquiera la traba de la litis- por razones sustanciales, tornándola además definitiva para la quejosa, puesto que le impedirá a ésta volver a plantear el asunto en otro momento.

En efecto, considero que la resolución en crisis importa un rigorismo formal injustificado que no se compadece con un adecuado servicio de justicia, puesto que, al resolver sin más sustanciación un asunto de tal importancia institucional y con los ribetes singulares en juego, no ha examinado de forma equilibrada y adecuada los alcances de la pretensión de la accionante ni las particularidades del planteo propuesto (arg. Fallos: 329:4593; 330:76). En otros términos, ello importa, en definitiva, un claro e injustificado menoscabo a la garantía de la defensa en juicio del art. 18 de la Constitución Nacional.

Es doctrina del Tribunal que el derecho a la defensa en juicio junto con el del debido proceso son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones (arg. Fallos. 324:3593, entre otros).

Así, cabe recordar que, como lo dijo V.E., todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio, si éste existe y tiene fundamento en la Constitución, puesto que ésta concede a todos los litigan-

tes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento -civil o criminal- de que se trate (confr. arg. Fallos: 327:608).

-VI-

En virtud de lo expuesto, y sin abrir juicio alguno sobre la cuestión de fondo debatida ni sobre la forma en que eventualmente ella deba ser solucionada, considero que cabe hacer lugar a la presente queja, declarar formalmente procedente el recurso extraordinario deducido, revocar la resolución de fs. 67/83, y ordenar que, por quien corresponda y por las vías procesales que se estimen oportunas, se dicte un nuevo pronunciamiento, en los términos expresados en este dictamen. Buenos Aires, 1° de abril de 2014. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de noviembre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de La Rioja en la causa Intendente Municipal Capital s/ amparo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el intendente de la ciudad de La Rioja interpuso una acción de amparo a fin de que se declare la inconstitucionalidad del incumplimiento de su provincia de dictar el régimen de coparticipación municipal previsto en los artículos 168 y 173 de la Constitución local y en el artículo 9° inc. g de la ley 23.548 de Coparticipación Federal, de conformidad con los artículos 5° y 123 de la Constitución Nacional.

2°) Que el Tribunal Superior de Justicia de la provincia rechazó *in limine* el amparo. Para así decidir —en cuanto aquí interesa— el juez Luna Corzo sostuvo que la pretensión no podía prosperar porque el constituyente riojano no atribuyó al poder judicial la edificación del régimen de coparticipación municipal, sino que asignó la tarea a los poderes políticos de la provincia.

Por su lado, el juez Ana interpretó que el artículo 173 de la Constitución de La Rioja supeditó la vigencia del régimen de coparticipación a la formalización de acuerdos entre las provincias y los municipios: de ello infirió que en la implementación del régimen de coparticipación intervienen el poder ejecutivo, los municipios y luego el legislativo; los dos primeros en la formulación de los acuerdos previos y el último en su consagración normativa. Concluyó que al no haberse producido los acuerdos que establece el artículo 173, el mandato del artículo 168 no resultaba exigible; su inobservancia no era entonces el resultado de un acto voluntario por parte del Poder Legislativo provincial. El juez Pagotto acompañó esta posición.

Finalmente, el juez Brizuela consideró que no podía desconocer que la Constitución provincial establecía un imperativo dirigido a la legislatura provincial de sancionar un régimen de coparticipación municipal; que era un hecho notorio que tal régimen aún no se había dictado, y que existía por tanto un principio de omisión. Aun así, precisó que la sanción de un régimen de coparticipación era una cuestión política no justiciable que la Constitución provincial asignaba de manera privativa a los poderes políticos del Estado. Se trataba —evaluó— de una función de esos poderes cuya oportunidad no resultaba condicionada por ningún plazo establecido en las cláusulas constitucionales, y ello colocaba a la atribución fuera del ámbito de conocimiento de la función judicial. Como *obiter dictum*, exhortó de todos modos al dictado de la ley de coparticipación.

3°) Que el intendente municipal interpuso un recurso extraordinario federal —que denegado origina la presente queja— en el que sostiene la arbitrariedad de la sentencia reseñada. Considera que su fundamentación es solo aparente, en la medida en que ha dejado de lado la aplicación —que en su concepto resultaba imperativa para resolver el caso— de las normas federales que delimitan la autonomía municipal. Afirma la presencia de una cuestión federal respecto de la interpretación de los artículos 5° y 123 de la Constitución Nacional. Agrega que el sistema de coparticipación de impuestos ha sido transgredido por la provincia y que de este modo se ha vulnerado además el artículo 75 inc. 2 de la Constitución Nacional y la ley 23.548 de Coparticipación Federal.

Relata que La Rioja es la única provincia que no ha sancionado una ley de coparticipación de municipios; que a partir del 3 de mayo

de 2007, esta situación se agravó con el dictado de la ley 8149 que dispuso la suspensión de las leyes hasta entonces vigentes 8034 y 8067, que habían establecido la distribución de los gastos de funcionamiento de los 18 municipios de la provincia “hasta la sanción de una Ley de Coparticipación Municipal” (artículo 5° de la ley 8034). Como consecuencia de ello, explica que en la actualidad solo criterios discrecionales gobiernan la distribución de fondos a los municipios, y que la municipalidad de la capital ha sido particularmente discriminada en el reparto; sostiene que ello compromete la prestación de los servicios públicos municipales.

4°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible en tanto la decisión del Superior Tribunal de Justicia provincial, al rechazar *in limine* el amparo, ha sostenido el carácter no justiciable de la cuestión planteada sin considerar los argumentos de derecho federal invocados por la parte.

5°) Que al cerrar el debate de modo definitivo y por razones de “*admisibilidad sustancial*”, el a quo omitió valorar que la Constitución Nacional establece en el artículo 123 un marco para la realización de un sistema federal que incluye un nivel de gobierno municipal autónomo cuyo alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero debe ser reglado por cada constitución provincial: el actor sostiene que el Poder Legislativo de la provincia incumple esta obligación a pesar de que la manda constitucional ya está establecida en La Rioja.

6°) Que el texto de la Constitución histórica reconocía la existencia de un régimen municipal en el ámbito de las provincias (artículo 5°). De hecho, Juan Bautista Alberdi ya lo apuntaba en su Derecho Público Provincial como el orden de gobierno “*más inteligente y capaz de administrar los asuntos locales*” siempre que no se produjese “*injerencia del Poder político o Gobierno general de la provincia*”.

Al precisar el alcance del artículo 5°, esta Corte interpretó que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesto por ese artículo de la Constitución Nacional “*determina que las leyes provinciales no solo deben imperativamente establecer los municipios, sino que no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido. Si los municipios se encontrasen sujetos en esos aspectos a las decisiones*

de una autoridad extraña —aunque se tratara de la provincial— ésta podría llegar a impedirles desarrollar su acción específica, mediante diversas restricciones o imposiciones, capaces de desarticular las bases de su organización funcional” (cfr. Fallos: 312:326 y 314:495).

7°) Que la reforma de 1994 introduce el concepto de autonomía municipal en el artículo 123; de este modo aparece el municipio en el diseño federal argentino como el orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía.

El constituyente estableció entonces que las constituciones provinciales debían materializar el mandato de autonomía en *el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero*. Esta caracterización es a tal punto definitoria de la comprensión del término “autonomía” que en la convención reformadora se advirtió que *“[u]na autonomía que no contenga esta característica (...), no sería una real autonomía municipal y solo quedaría reducida a una simple fórmula literaria grandilocuente pero, en la práctica, vacía de contenido, porque no puede haber municipio autónomo verdadero si no le reconocemos explícitamente entidad política o le retaceamos la capacidad de organizar su administración y realizar los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de sus funciones o lo privamos del sustento económico-financiero indispensable para que preste aquellos servicios públicos que la provincia le asigne, inherentes a su existencia o le impedimos ejercer su autonomía institucional”*. (Convención Constituyente Nacional, sesión del 8 de agosto de 1994, intervención del Convencional Merlo).

8°) Que el artículo 123 enlaza el principio de la autonomía municipal a la capacidad financiera de los municipios para ejercerla: *“los planos económico y financiero han sido especialmente considerados en el texto constitucional porque tienen una importancia superlativa. De esta manera estamos especificando y dejando en claro que los municipios argentinos van a poder (...) controlar sus propios recursos que, a su vez, podrán ser manejados independientemente de otro poder, complementando así las facultades de administración que les son propias”* (sesión del 4 de agosto, intervención del Convencional Prieto al informar el dictamen de mayoría de la Comisión del Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal).

9°) Que la reforma de 1994 mantuvo la potestad de cada provincia de dictar su propia Constitución, y en ese marco la competencia para desarrollar su modelo de autonomía municipal. Su texto establece así un marco cuyos contenidos deben ser definidos y precisados por las provincias con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que conservan (artículos 121, 122, 124 y 125) con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados en el artículo 123.

10) Que en el caso específico que nos ocupa, el Constituyente riojano estableció en dos artículos —el 168 y 173— las características del modelo de coparticipación municipal que impera en la provincia.

En el primero, la Constitución Provincial estableció la obligación de sancionar un régimen de coparticipación municipal con claras directivas para el legislador: *“Los Municipios tienen autonomía institucional, política, administrativa, económica y financiera. La Legislatura Provincial sancionará un régimen de coparticipación municipal en el que la distribución entre la provincia y los municipios se efectúe en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada uno de ellos, contemplando criterios objetivos de reparto y sea equitativa, proporcional y solidaria, dando prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades. La autonomía que esta Constitución reconoce no podrá ser limitada por ley ni autoridad alguna.*

Deberán dictar su propia Carta Orgánica, con arreglo a lo que disponen los artículos 169 y 172, a cuyos fines convocarán a una Convención Municipal, la que estará integrada por un número igual al de los miembros del Concejo Deliberante y serán elegidos directamente por el pueblo del departamento.

Por su parte el artículo 173 se ocupó de la provisión de recursos municipales: *“cada Municipio provee a los gastos de su administración con los fondos del tesoro municipal formado por el producido de la actividad económica que realice y los servicios que preste; con la participación, y en la forma que los municipios convengan con la provincia, del producido de los impuestos que el gobierno provincial o federal recaude en su jurisdicción; por la venta o locación de bienes del dominio municipal; por los recursos provenientes de empréstitos y otras operaciones de crédito que realice; por los subsidios que*

le acuerda el gobierno provincial o federal y por los demás ingresos provenientes de otras fuentes de recursos”.

11) Que sin embargo, estas normas han sido incumplidas por los poderes constituidos de la Provincia de la Rioja. Es incuestionable que la omisión del dictado de la ley que coparticipa fondos entre los municipios lesiona el diseño mismo establecido por el constituyente, y que por esa vía la *provincia traspone los límites de lo racional y razonable para la vigencia efectiva de la autonomía municipal* (arg. Fallos: 328:175).

12) Que si la omisión desarticula en parte la forma de estado federal que dispuso el constituyente nacional —al reconocer el principio de autonomía municipal— y provincial —al reglar el alcance y contenido de dicha autonomía—, esclarecer la cuestión implica forzosamente que los jueces interpreten la Constitución en el marco de una causa contenciosa. No se trata entonces de imponer un alcance determinado a la autonomía municipal, pues ello es una atribución ya ejercida por el constituyente provincial, sino de asegurar que una vez ejercido ese poder, las autoridades constituidas respeten el grado de autonomía asignado a los diferentes niveles de gobierno, y provean los recursos de acuerdo a los parámetros preestablecidos para efectivizarla.

13) Que en este entendimiento no resulta posible sostener que el dictado de la ley —es decir, el acatamiento de la Constitución— queda condicionado a la concreción de acuerdos políticos entre provincia y municipios que en 16 años no han sido logrados. Al subordinar la realización del proyecto constitucional a la posibilidad o no de obtener esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, el argumento invierte una regla elemental del orden constitucional argentino, según el cual la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto.

Es así que por voluntad popular ya consensuada en su Constitución, La Rioja debe sancionar una ley de coparticipación municipal. La gravedad que ostenta esta omisión provincial puede calibrarse en base al remedio que se señaló en la Convención Constituyente Nacional ante la hipótesis de su ocurrencia: *“la garantía federal del artículo 6° y la posibilidad de intervención en caso de incumplimiento*

de los requisitos del artículo 5° corresponde si las provincias no aseguran, ya no el régimen, sino el régimen cualificado de la autonomía municipal en las provincias” (Convención Constituyente Nacional, sesión del 10 de agosto de 1994, intervención del Convencional Rosatti, entre otros).

14) Que la respuesta meramente dogmática de la máxima instancia jurisdiccional provincial carece de todo desarrollo argumentativo racional respecto de las cuestiones constitucionales reseñadas, y por ello no satisface la garantía constitucional de fundamentación de las sentencias judiciales. En efecto, el Superior Tribunal de Justicia no podía clausurar definitivamente el debate sobre la naturaleza no justiciable de las cuestiones de trascendencia institucional que se plantean rechazando *in limine* el amparo, pues el respeto al régimen federal de gobierno y al ejercicio en plenitud de la zona de reserva jurisdiccional de las provincias exige reconocer a sus magistrados el carácter de irrenunciables custodios de garantías de la Constitución Nacional (arg. Fallos: 324:2177).

15) Que en las condiciones expresadas, la garantía constitucional que se invoca como vulnerada guarda relación directa e inmediata con lo resuelto (artículo 15, ley 48), por lo que corresponde privar de validez al fallo recurrido a fin de que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Rioja sustancie la causa.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto con el alcance indicado y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a sus efectos. Agréguese la queja al principal. Notifíquese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho interpuesto por la **Municipalidad de la ciudad de La Rioja**, representada por el Dr. **Antonio María Hernández**, apoderado, y el Dr. **Eduardo J. López**, en su carácter de **Fiscal Municipal**.

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de La Rioja**.

QUIROGA, CARLOS ALBERTO c/ ANSES s/ REAJUSTES VARIOS

REAJUSTE JUBILATORIO

Corresponde revocar la sentencia si el a quo prescindió, al disponer la recomposición del haber, del monto de la prestación básica universal vigente a la fecha en que el actor adquirió su derecho al beneficio, y lo reemplazó por el valor que surge de la fórmula que indicó, ya que la alzada debía considerar, de manera concreta, qué incidencia tenía la ausencia de incrementos de uno de los componentes de la jubilación sobre el total del haber inicial -pues es éste el que goza de su protección- y en caso de haberse producido una merma, constatar si el nivel de quita resultaba confiscatorio.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social confirmó la sentencia de la anterior instancia y ordenó recalcular los componentes del haber jubilatorio inicial del actor a la fecha de su adquisición, y reconocer su movilidad a partir de entonces (fs. 102/3).

Para volver a calcular el haber inicial, el tribunal precisó que la “prestación básica universal” se debía ajustar de acuerdo con las pautas fijadas por la Corte Suprema en el precedente “Badaro” (Fallos: 330:4866), y la “prestación compensatoria” y la “prestación adicional por permanencia” de acuerdo a los parámetros establecidos por el mismo Tribunal en la causa “Elliff” (Fallos: 332:1914).

Con relación a la movilidad de las prestaciones, sostuvo que correspondía aplicar las pautas fijadas en “Badaro”.

-II-

Contra este pronunciamiento, la Administración Nacional de la Seguridad Social (en adelante, “ANSeS”) interpuso recurso extraordinario, que fue concedido (fs. 105/119 y 125).

La recurrente sostiene que el tribunal a quo interpretó erróneamente el derecho federal aplicable al caso, en particular, las leyes nacionales 18.037, 24.241 y 24.463 y los artículos 14 bis y 17 de la Constitución Nacional y, finalmente, los términos del precedente de la Corte *in re* “Badaro”. Postula que la decisión reviste gravedad institucional al poner en riesgo la sustentabilidad del sistema previsional. A su vez, afirma que la sentencia es arbitraria en tanto, por un lado, el tribunal se arrogó facultades legislativas y, por el otro, la decisión no está fundada en los hechos comprobados de la causa.

Asimismo, controvierte el índice utilizado para reajustar los salarios del actor a los fines de la determinación de la “prestación adicional por permanencia” y la “prestación compensatoria”. Argumenta que el índice de actualización previsto en la resolución 140/95 se aplica hasta la entrada en vigencia de la ley 23.928. Agrega que ese índice refleja únicamente las variaciones de las remuneraciones de un grupo de trabajadores del mercado laboral, que carecen de representatividad con relación a la evolución de los salarios generales.

Por otro lado, afirma que la actualización y la posterior movilidad de la “prestación básica universal” desconocen la naturaleza de este beneficio, se apartan de la normativa aplicable y del precedente de la Corte en Fallos 327:751.

Por último, se agravia de la movilidad dispuesta sobre el haber previsional recalculado. En particular, alega que el caso “Badaro” no puede ser aplicado como si se tratara de una norma de carácter general.

-III-

La cámara concedió el recurso extraordinario interpuesto en el entendimiento de que en los agravios “se encontrarían involucradas cuestiones de naturaleza constitucional, configurándose en autos el supuesto previsto en el inc. 1° del art. 14 de la ley 48” (cf. fs. 125).

En el caso el recurso extraordinario es formalmente admisible, pues se ha interpretado de manera arbitraria leyes de carácter federal -artículos 19 a 21 y 24 de la ley 24.241 y 7 de la ley 24.463- ya que se ha obviado tener en cuenta su contexto normativo, las constancias de la causa, y la jurisprudencia de la Corte en la materia. Por ello el tribunal *a quo*, en mi opinión, debería dictar un nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta estas circunstancias.

-IV-

Observo que, por un lado, la sentencia apelada dispuso el reajuste de la “prestación básica universal” al momento de la concesión del beneficio jubilatorio al señor Quiroga de acuerdo al índice utilizado por la Corte Suprema en el caso “Badaro” (Fallos: 330:4866). Para así decidir, el tribunal consideró que el monto de esa prestación, determinado por el valor del Módulo Previsional, no fue actualizado por la autoridad pertinente por más de diez años a pesar de los cambios económicos producidos en 2002.

Sin embargo, advierto que el tribunal a quo aplicó el índice fijado en “Badaro” por la Corte Suprema para una situación distinta y con respecto a una cuestión controvertida diversa, dado que en aquél se discutía la movilidad de la jubilación, y no el reajuste de la “prestación básica universal” para la determinación del haber jubilatorio inicial.

Sin perjuicio de ello, no puede pasar desapercibido que la Cámara entendió que el Poder Legislativo había ejercido irrazonablemente su facultad de fijar el valor del Módulo Previsional, que es la unidad de referencia para la determinación de la “prestación básica universal” en los términos del artículo 21 de la ley 24.241 (texto conforme decreto 833/97). Sin embargo, el tribunal a quo suplió esa omisión legislativa sin tener en cuenta la naturaleza distributiva de ese beneficio, las restantes medidas adoptadas por el Estado con esos fines distributivos -aunque dando prioridad a los sectores más vulnerables-, la capacidad de financiamiento del sistema durante un periodo de emergencia económica y, en particular, la naturaleza solidaria del sistema de reparto.

En ese sentido, cabe tener presente que el haber jubilatorio del señor Quiroga está compuesto por la “prestación básica universal”, la “prestación compensatoria” y la “prestación adicional por permanencia”. Sin embargo, esas prestaciones no tienen la misma naturaleza ni la misma finalidad, lo que ha sido reconocido por la Corte en la causa “Jalil” (Fallos: 327:751) y omitido por la decisión apelada.

En efecto, el a quo no ponderó debidamente que el régimen de reparto dispuesto por la ley 24.241 -al amparo del cual se jubiló el actor-reconoce en el haber jubilatorio un beneficio sustitutivo de las remuneraciones de actividad, que se manifiesta en el otorgamiento de la “prestación compensatoria” y la “prestación adicional por permanencia”. Ello brinda razones para alinear a los efectos de la determinación de esos beneficios los haberes de actividad y de retiro de modo que guarden cierta proporcionalidad razonable. Sin embargo, ese fin sustitutivo del sistema previsional debe ser compatibilizado con otros,

como los vinculados a los objetivos más generales de brindar a las personas que requieren de su cobertura los medios necesarios para garantizarles una subsistencia digna (cf. Fallos: 324:3868, 334:829 y sus citas). El sistema previsional también procura universalizar los beneficios de la seguridad social y mejorar prioritariamente la situación de los jubilados y pensionados de la parte inferior de la escala a través del otorgamiento de prestaciones de naturaleza distributiva -como la “prestación básica universal”- y del incremento del haber mínimo garantizado, todo ello sobre las bases solidarias que regulan el régimen de reparto. En virtud de su fin distributivo, la “prestación básica universal” es, en definitiva, aquella que mejor responde al principio de solidaridad intra-generacional.

Ese rasgo solidario del sistema justifica que el monto específico al que cada jubilado tiene derecho no es fijado individualmente, sino con atención al impacto que esa determinación tiene en los otros beneficiarios, cuya suerte comparten solidariamente.

Tampoco se tuvo en cuenta que la “prestación básica universal” se caracteriza, como surge de su propia denominación, por garantizar su percepción a todos los destinatarios del sistema previsional con independencia del monto de sus aportes (artículo 19, ley 24.241; cf. Mensaje de elevación proyecto de ley 24.241 Diario de Sesiones Cámara de Diputados de la Nación 60° Reunión -Continuación de la 5º sesión extraordinaria especial- 28 y 29 de abril de 1993 y arts. 19-22, ley 24.241).

Ello explica que -a diferencia de las restantes prestaciones que se establecen sobre la base de las remuneraciones-, en el periodo aquí discutido y hasta la promulgación de la ley 26.417, la “prestación básica universal” fuera determinada en relación a una unidad de medida denominada Módulo Previsional, cuyo valor era fijado por ley sobre la base de las posibilidades presupuestarias del sistema previsional (cf. decreto PEN 833/97, que modifica la ley 24.241).

En el presente caso, el señor Quiroga reclamó el reajuste de su “prestación básica universal” desde febrero de 2002 hasta la adquisición del beneficio en el año 2004 (cf. fs. 19 vta.). La valoración efectuada por el a quo del ejercicio que el Congreso hizo de sus facultades en materia de fijación de la “prestación básica universal” fue realizada en abstracto prescindiendo de las circunstancias imperantes en ese entonces, de las restantes medidas adoptadas en ese lapso en materia previsional y de los recursos del sistema previsional. Ese periodo se caracterizó por una severa crisis económica e institucional que afectó gravemente la economía, los recursos públicos en general y la susten-

tabilidad del sistema previsional en particular. Frente a dicha emergencia, el Estado procuró la adopción de soluciones urgentes para resolver la situación de los beneficiarios del sistema previsional más vulnerables. A ese fin, buscó atender los objetivos distributivos del sistema previsional a través de sucesivos incrementos del haber mínimo garantizado (cf. decretos 391/03, 1194/03, 683/04, 748/05), del reconocimiento de un suplemento por movilidad para las jubilaciones menores a mil pesos (cf. decreto 1199/04) y del incremento general de los beneficios (cf. decreto 764/06). Dichas medidas fueron ratificadas por el Poder Legislativo Nacional (cf. artículo 48, Ley 26.198). Estos hechos fueron omitidos en la resolución apelada, aun cuando son dirimientes para determinar la validez del ejercicio de las facultades legislativas para establecer la “prestación básica universal”.

Por otra parte, la fijación de pautas de reajuste de una prestación previsional en el marco de la resolución de un caso particular, como lo hizo la cámara, sin ponderar su impacto y el de la generalización de su aplicación en la sustentabilidad del sistema previsional, podría generar altísimos costos para el organismo previsional estatal y, por lo tanto, para los recursos que éste administra.

Por esas razones, la decisión apelada en este aspecto no puede ser considerada una solución fundada y razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, por lo que debe ser dejada sin efecto en virtud de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia (cf. doctrina de Fallos: 322:182; 326:364; 327:1688; 330:1072; entre otros).

Por último, lo dicho en cuanto a la naturaleza de la “prestación básica universal” se proyecta al período posterior al otorgamiento del beneficio, ya que el tribunal a quo dispuso su movilidad, sin tener en cuenta que esa prestación, como he dicho, tiene una finalidad distributiva y no contributiva y que su determinación no está sujeta a una tasa de sustitución del salario de actividad. Al haber prescindido totalmente de ese tipo de consideraciones decisivas para la validez de la decisión adoptada, la sentencia impugnada debe caer por aplicación de la doctrina de la Corte en materia de arbitrariedad de sentencias.

-V-

Por otro lado, la sentencia apelada dispuso la actualización de las remuneraciones del actor mediante el índice de salarios básicos de la construcción y la industria (en adelante “ISBIC”) a los efectos de recalcular la “prestación compensatoria” y la “prestación adicional por

permanencia”, que conforman su haber inicial. Fundó su decisión en lo resuelto por la Corte Suprema en la causa “Elliff” (Fallos 332:1914).

En esa causa, la Corte resolvió que las remuneraciones computables a los fines de la determinación de la “prestación adicional por permanencia” y la “prestación compensatoria” deben ser actualizadas, y que el Congreso ejerció en forma irrazonable su deber de reglamentar el índice de actualización en los términos del artículo 24, inciso a, de la ley 24.241. Sin embargo, en atención a las cuestiones debatidas en ese precedente, el Tribunal no resolvió concretamente qué índice de actualización debe ser utilizado a esos efectos. En este caso, la ANSeS controvierte el índice de actualización utilizado por el *a quo*, a saber, el ISBIC.

En la resolución 140/95, la ANSeS adoptó ese coeficiente para la actualización de las remuneraciones percibidas hasta el año 1991 en el marco de las prestaciones correspondientes al régimen de la ley 18.037. Sin embargo, la decisión apelada utiliza ese índice para un período de tiempo posterior -2002/2004- y para la determinación de beneficios jubilatorios otorgados en el marco de otro régimen previsional, a saber, el de la ley 24.241. A su vez, la sentencia no contiene ninguna valoración sobre si la utilización de ese índice, que refleja únicamente las variaciones de las remuneraciones de un grupo de trabajadores del mercado laboral -la industria y la construcción-, mantuvo su representatividad de la evolución de los salarios generales con posterioridad al periodo previsto por la resolución 140/95.

El *a quo* no valoró que la utilización de ese índice fue abandonada por el Poder Legislativo para la actualización de remuneraciones en periodos más cercanos al aquí controvertido y donde la coyuntura económica se aproxima más a la reinante en el lapso en cuestión. En efecto, el Poder Legislativo fijó el mecanismo de movilidad de las prestaciones previsionales y actualización de las remuneraciones para jubilaciones otorgadas a partir del año 2008 sobre la base del índice general de salarios, el índice de remuneraciones imponibles promedio de los trabajadores estables y el nivel de recursos tributarios con que cuente el sistema (cf. artículos 1/3, 6 y anexo de la ley 26.417). A partir de ello, la ANSeS ha publicado periódicamente los índices de movilidad y actualización (resoluciones 65/09, 135/09, 130/10, 651/10, 58/11, 448/11, 47/12, 327/12 y 30/13). A su vez, a través de las resoluciones 298/08 y 135/09 el organismo utilizó índices análogos a los de la ley 26.417 para actualizar remuneraciones a partir del mes de octubre de 2004 -aunque para la determinación de beneficios concedidos a partir del año 2008 y 2009, respectivamente-.

Por último, la cámara no pudo soslayar que la elección del método de actualización requiere tener en cuenta el carácter solidario del sistema de reparto previsto en la ley 24.241 y del actual Sistema Integrado Previsional Argentino. En el marco de un régimen de esas características, corresponde ser deferentes -siempre que ello no afecte derechos constitucionales- a la autoridad encargada de velar por la aplicación equitativa del régimen y por la sustentabilidad del sistema. Esa autoridad es quién debe determinar cuál es el índice correspondiente que permite resguardar los derechos de los jubilados, en forma generalizada y en condiciones de igualdad, con los recursos previsionales existentes. Esta atribución del Poder Legislativo y de la autoridad de aplicación fue reconocida por la Corte Suprema en Fallos: 329:3089. Esta consideración obligaba al tribunal *a quo* a ponderar, al menos, los parámetros fijados en la ley 26.417.

En suma, el *a quo* ordenó la actualización de las remuneraciones percibidas hasta la obtención del beneficio en el año 2004 mediante la utilización del ISBIC con la sola remisión a la doctrina del fallo “Elliff” donde no se resolvió esa cuestión; sin justificar su aplicación a un periodo de tiempo posterior al previsto en la resolución 140/95 ni su conveniencia y razonabilidad para la resolución del caso bajo estudio; y sin ponderar los parámetros utilizados más recientemente por la ley 26.417.

Ello lleva a su descalificación como sentencia jurídicamente válida.

-VI-

Por último, la sentencia apelada también debe ser dejada sin efecto en cuanto dispuso la movilidad de la “prestación compensatoria” y la “prestación adicional por permanencia” a partir de la fecha de concesión del beneficio de acuerdo con las pautas del caso “Badaro”. En esa oportunidad, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad el art. 7 de la ley 24.463 y ordenó el reajuste de las prestaciones del haber jubilatorio del señor Badaro mediante la utilización del nivel general del índice de salarios elaborado por el INDEC para el periodo comprendido entre enero de 2002 y diciembre de 2006.

Por un lado, el tribunal *a quo* aplicó en forma automática el criterio de movilidad fijado por la Corte en el caso “Badaro”, desatendiendo el propio texto de la sentencia en la que fundó su decisión. En efecto, en aquel precedente, la Corte explícitamente puntualizó que “en cuanto a la proyección de [lo que allí decidía] sobre la numerosa cantidad de pleitos en los que se debaten controversias similares,

cabe recordar que las consideraciones expuestas en el presente fallo en tomo al ajuste de la prestación del actor por el periodo reclamado se limitan únicamente al caso concreto reseñado: ese es el acotado ámbito de debate traído en esta oportunidad a conocimiento del Tribunal” (v. considerando 23°).

De acuerdo, entonces, con los términos de la sentencia dictada en los autos “Badaro”, la doctrina de ese precedente no instituye una regla general aplicable a todos los casos. Por el contrario, se trata de una decisión individual, sensible a las particularidades del planteo concreto del actor en aquel proceso.

Por otra parte, la aplicación de la doctrina del fallo “Badaro” presupone que los hechos del caso actual son análogos -en todo aspecto que sea jurídicamente significativo- a los que dieron lugar al precedente. Sin embargo, en el *sub lite*, las circunstancias del caso son diversas de las que determinaron esa decisión de la Corte. En efecto, el criterio que la Corte fijó en el precedente “Badaro” -en particular, en la sentencia registrada en Fallos: 330:4866- tuvo en miras las circunstancias de hecho que afectaban al actor en ese proceso, quien era beneficiario de un haber jubilatorio otorgado al amparo de la ley 18.037 al menos desde el año 1991 (cf. considerando 1° Fallos: 329:3089) y que su jubilación no había sido adecuadamente actualizada a partir de la crisis económica del año 2002 y hasta el año 2006. El presente caso difiere del precedente citado en tanto el señor Quiroga obtuvo su beneficio jubilatorio en el marco de la ley 24.241 hacia fines del año 2004 (fs. 17). De ahí que la aplicación de esa doctrina no podía ser realizada en forma mecánica, sino que, al menos, exigía determinar que esas diferencias no eran relevantes.

A su vez, no puede perderse de vista que la Corte adoptó esa decisión en un contexto normativo distinto, donde no regía una ley de movilidad que atendiera en condiciones de igualdad los derechos de todos los jubilados. En cambio, al momento de dictarse la sentencia aquí recurrida, el Congreso de la Nación había sancionado la ley de movilidad de las prestaciones del régimen previsional público -ley 26.417- en uso de las atribuciones, que la Corte Suprema le había reconocido en la primera decisión recaída en el caso “Badaro” (Fallos 329:3089). Sin embargo, el a quo hizo lugar a la pretensión sin tener en cuenta ese marco regulatorio y soslayando los principios y fines del sistema de reparto y, en particular, del régimen de movilidad creado por la ley 26.417. Este mecanismo fue instaurado con el objetivo de mantener una razonable proporcionalidad entre los salarios de actividad y los haberes de retiro, a la vez de asegurar la sustentabilidad intertemporal del sistema pre-

visional argentino (cf. Mensaje de elevación del proyecto de ley 26.417, Revista La Ley, “Antecedentes Parlamentarios”, año XVI, nro. 5, junio de 2009, pág. 18).

Por ello, el coeficiente de reajuste del haber previsional allí previsto se calcula aplicando el índice general de salarios y el índice de remuneraciones imponibles promedio de los trabajadores estables -para atender a la proporcionalidad del haber- y se lo compatibiliza con el nivel de recursos tributarios con que cuenta el sistema, con el fin de promover su sustentabilidad intertemporal (cf. artículos 1/3, 6 y anexo de la ley 26.417). De este modo, ese régimen contempla el derecho a la movilidad de los beneficiarios en armonía con la naturaleza solidaria y con la sustentabilidad del sistema previsional.

En definitiva, la decisión del *a quo* hizo lugar a la pretensión aplicando una pauta de movilidad fijada judicialmente para otro caso, soslayando el impacto de su decisión en la sustentabilidad del sistema y prescindiendo de las normas dictadas por la autoridad pertinente sobre la movilidad de las jubilaciones. La falta de ponderación de ese tipo de consideraciones decisivas conlleva inexorablemente a su invalidez por aplicación de la doctrina de la Corte en materia de arbitrariedad de sentencias.

-VII-

Por todo lo expuesto, opino que se debe declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada y mandar a que, por quien corresponda, se dicte una nueva con el alcance indicado. Buenos Aires, 20 de agosto de 2013. *Alejandra Magdalena Gils Carbó*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de noviembre de 2014.

Vistos los autos: “Quiroga, Carlos Alberto c/ ANSeS s/ reajustes varios”.

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social ordenó el ajuste de la prestación básica universal que había integrado

el haber inicial de la jubilación del actor, para lo cual debían emplearse los parámetros expuestos por esta Corte en el precedente “Badaro” (Fallos: 329:3089 y 330:4866) hasta la fecha de adquisición del beneficio. Además, confirmó la sentencia de la instancia anterior en todas las restantes cuestiones apeladas por la demandada.

2°) Que el tribunal fundó esa decisión señalando que desde la vigencia de la resolución SSS 27/97, que elevó a \$ 80 el monto del aporte medio previsional obligatorio (AMPO), el valor de la prestación básica universal se mantuvo sin ninguna modificación durante más de diez años, a pesar de los cambios económicos producidos desde la salida de la convertibilidad en el año 2002, lo que produjo un deterioro en el haber.

3°) Que contra esa sentencia el organismo previsional dedujo recurso extraordinario, que fue concedido, en el que se agravia de la actualización por entender que la alzada ha contrariado la doctrina del precedente “Jalil” (Fallos: 327:751). Sostiene que la finalidad de aquella prestación es asegurar un ingreso igual para todos los beneficiarios, sin considerar la magnitud de sus aportes al sistema, por lo que no resulta válido correlacionarla con el nivel de retribuciones del peticionario.

4°) Que dicha impugnación carece de fundamento, ya que el a quo no ordenó que se estableciera esa proporción en forma individual. Igual defecto presenta el argumento de la demandada dirigido a demostrar que este componente del haber jubilatorio se encuentra totalmente desvinculado de la evolución de la generalidad de los salarios, puesto que las normas que rigieron el instituto no consagran tal independencia.

5°) Que en este sentido, cabe señalar que la redacción original de la ley 24.241 establecía que la prestación básica debía ser equivalente a dos veces y media el aporte medio previsional obligatorio (art. 20) el cual, a su vez, se definía como cociente entre el promedio mensual de los aportes de los trabajadores al sistema y el promedio mensual de afiliados (art. 21), fórmula que sin duda habría de reflejar –entre otros factores- las variaciones salariales.

6°) Que la actual reglamentación de la prestación, tras fijarle un valor nominal en el art. 4 de la ley 26.417, prevé su actualización mediante el uso de la fórmula creada para determinar la movilidad de

las prestaciones contenida en el anexo de dicha ley (resolución SSS 6/09, art. 5). Ese cálculo, además de ponderar los recursos de la ANSeS, integra las variaciones del índice general de salarios elaborado por el INDEC o la evolución de las remuneraciones imponibles promedio (RIPTE) publicadas por la Secretaría de Seguridad Social. Por tales razones, no resulta apropiada la interpretación del organismo previsional que únicamente supedita el monto de la PBU a las posibilidades presupuestarias reconocidas por la autoridad de aplicación.

7°) Que, en cambio, son procedentes las objeciones que se refieren a que la alzada ha soslayado la solución legal prevista para el caso, sin dar razón plausible para ello (Fallos: 320:1492 y sus citas, 331:2094, entre otros). No está en discusión que el a quo ha prescindido, al disponer la recomposición del haber, del monto de la PBU vigente a la fecha en que el actor adquirió su derecho al beneficio, y lo reemplazó por el valor que surge de la fórmula que indicó. Debe examinarse, entonces, la razonabilidad de esa sustitución.

8°) Que invariablemente la Corte ha reconocido la amplitud de las facultades con que cuenta el legislador para organizar el sistema previsional, aunque señaló que debían ejercitarse dentro de ciertos límites, es decir, de modo de no afectar de manera sustancial los derechos emergentes de la seguridad social (Fallos: 311:1937 y 329:3089, entre otros) o conducir a resultados confiscatorios o arbitrariamente desproporcionados (Fallos: 173:5; 197:60; 278:232; 300:616; 303:1155; 308:615; 321:2181; 323:4216; 327:478, entre muchos otros).

9°) Que también ha destacado que la Constitución Nacional reconoce el carácter integral de todos los beneficios de la seguridad social (Fallos: 328:1602 y 2833), aspecto del que es parte esencial la correcta fijación del monto inicial de los haberes, pues de otro modo no podría mantenerse una relación justa con la situación de los activos.

10) Que para determinar la validez constitucional de las normas en juego y, eventualmente, adoptar un método para subsanar el daño atribuible a ellas, la alzada debía considerar, de manera concreta, qué incidencia tenía la ausencia de incrementos de uno de los componentes de la jubilación sobre el total del haber inicial -pues es éste el que goza de protección-, y en caso de haberse producido una merma, constatar si el nivel de quita resultaba confiscatorio. Dicho análisis no ha sido practicado en autos, lo cual deja sin sustento a la decisión apelada.

11) Que corresponde, en consecuencia, revocar la sentencia sobre ese punto. Sin perjuicio de ello, no es razonable que la deficiencia señalada redunde en perjuicio del jubilado, por lo que debe dejarse a resguardo su derecho en caso de que, al tiempo de la liquidación, queden acreditados los extremos de hecho necesarios para la procedencia de su reclamo, oportunidad en la que podrá replantear la cuestión (doctrina del caso “Tudor”, publicado en Fallos: 327:3251, considerandos 8, 9 y 10).

12) Que las restantes objeciones de la demandada, vinculadas con la actualización de las remuneraciones computables para determinar las prestaciones compensatoria y adicional por permanencia, como así también los agravios referentes a la movilidad de los haberes, hallan adecuada respuesta en las consideraciones de los precedentes “Elliff” (Fallos: 332:1914) y “Badaro” (Fallos: 329:3089 y 330:4866) a cuyos fundamentos, en lo pertinente, corresponde remitir por razón de brevedad.

Por ello, oída la señora Procuradora General, el Tribunal resuelve: declarar procedente el recurso extraordinario deducido y revocar parcialmente la sentencia apelada, con los alcances fijados en las consideraciones que anteceden. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA
— E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario deducido por la **Administración Nacional de la Seguridad Social**, demandada en autos, representada por la **Dra. Verónica Alicia Riveyro**, en calidad de apoderada.

Traslado contestado por **Carlos Alberto Quiroga**, actor en autos, representado por la **Dra. Susana González Fernández**, en calidad de apoderado.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 1**.

CARRASCOSA, CARLOS ALBERTO S/ RECURSO DE CASACIÓN

HOMICIDIO

Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó los recursos de nulidad extraordinarios interpuestos por la defensa respecto a la pena de prisión perpetua recaída sobre el imputado como coautor del delito de homicidio agravado por el vínculo, pues la Suprema Corte local, no obstante que la parte venía invocando una cuestión federal basada en el derecho al recurso -art.8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, desestimó el remedio procesal local con el único fundamento de que la vía utilizada no era la adecuada, pese a reconocer que la materialidad de los agravios quedaban alcanzados por el recurso de inaplicabilidad de ley, y dicho rigor formal es incompatible con la necesidad de garantizar al condenado el derecho a una revisión amplia de la sentencia que así lo declara, cuestión que no podía soslayar en supuestos como el de autos en que se procuraba revisar una condena a prisión perpetua impuesta en la instancia casatoria y en orden a un hecho por el que el recurrente fue absuelto por el tribunal oral.

HOMICIDIO CALIFICADO

Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó los recursos de nulidad extraordinarios interpuestos por la defensa respecto a la pena de prisión perpetua recaída sobre el imputado como coautor del delito de homicidio agravado por el vínculo, pues la Suprema Corte local omitió -al amparo de un excesivo rigor formal basado en el nomen iuris de la vía utilizada y soslayando la materialidad de los agravios planteados- el control sobre la cuestión federal comprometida en la decisión del Tribunal de Casación Penal local al evitar un pronunciamiento acerca del deber de garantizar la revisión amplia de la condena que asiste a toda persona inculpada de delito, y en tales condiciones, el pronunciamiento apelado exhibe graves vicios de fundamentación que lo descalifican como un acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de sobre arbitrariedad de sentencia.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

I

El Tribunal en lo Criminal N° 6 del departamento judicial de San Isidro, por unanimidad, absolvió a Carlos Alberto C en orden al hecho que provocó la muerte de su esposa, María Marta G B y por mayoría, lo condenaron a la pena de cinco años y seis meses de prisión como autor del delito de encubrimiento agravado por el que fue subsidiariamente acusado (arts. 277, incisos 1° b) y 3° a), en función del 79, ambos de Código Penal). Contra esa decisión, tanto el fiscal como la asistencia técnica particular y el nombrado dedujeron sendos recursos de casación (fs. 216/418 y 424/432 de la causa n° 29.151, y fs. 425/465 y 467/526, de la causa n° 29.152, respectivamente, que corren por cuerda separada).

Por su parte, la sala primera del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, hizo lugar al primero de ellos y condenó al imputado a la pena de prisión perpetua, por considerarlo coautor del delito de homicidio agravado por el vínculo. En consecuencia, sus integrantes rechazaron el recurso articulado por la defensa, pues en virtud del temperamento adoptado entendieron que no correspondía tratarlo (fs. 490/528, de la primera de las causas mencionadas).

Tanto el encausado como sus letrados recurrieron esa decisión por medio de sendos recursos de nulidad extraordinario (fs. 665/696 y 556/660, respectivamente, ídem), que fueron rechazados por los motivos que lucen a fojas 862/881. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia consideró infundados tanto los planteos cuya admisibilidad se ajustaba a los términos del artículo 491 del Código Procesal Penal provincial (ley 11.922), referidos a la omisión de tratamiento de cuestiones que la parte consideraba esenciales, como aquellos que permitían sostener que el caso se resolvió en forma contraria al texto legal.

1. Entre los primeros, individualizó aquellas críticas de la defensa vinculadas con:

a) La inadmisibilidad del recurso fiscal por carecer de agravio, al tener acogida favorable su pretensión condenatoria en orden al delito -encubrimiento- por el que acusó en subsidio.

b) No haber abordado el tratamiento y análisis de la nueva investigación penal preparatoria suplementaria abierta en Pilar, que

haría caer la acusación fiscal, en la medida que varios testigos habrían rectificado sus dichos sobre los movimientos del encausado el día del hecho.

c) La omisión en la que incurrieron tanto el tribunal de juicio como la casación, al soslayar el incumplimiento en el que incurrieron los médicos y funcionarios -fiscal- que intervinieron desde el inicio en el suceso, en cuanto a su deber de ordenar la correspondiente autopsia y, por el contrario, considerar como indicio de cargo los intentos del imputado para impedir que se hiciera tal examen sobre el cuerpo de su cónyuge, así como también su anuencia para obtener un certificado de defunción falso con la finalidad de ocultar que, en realidad, se trató de una muerte traumática.

d) La validez de la acusación alternativa; la violación de la defensa en juicio que implicó la obtención de prueba ilegal y la falta de autorización para que declararan en juicio los coimputados por el delito de encubrimiento; la nulidad de la sentencia al imputar a personas que no pudieron defenderse y por la indeterminación de la conducta reprochada a C en violación del principio de congruencia.

Cabe destacar que además del defecto de fundamentación apuntado, el a quo también sostuvo que el acierto o profundidad de lo decidido respecto de los agravios individualizados en los puntos a), b) y d), resultaba ajeno a la vía intentada y propio del recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, previsto en el artículo 494, del código ritual de la provincia. A su vez, entendió que tampoco se alcanzó a demostrar la esencialidad del planteo detallado en el punto c), por lo que dicho reclamo carecía de aptitud para revertir la decisión adoptada.

2. Por otra parte, el Superior Tribunal también descartó el planteo de los recurrentes sobre la imposibilidad de revisar y modificar en la instancia casatoria cuestiones de hecho en perjuicio del imputado, ya que el recurso del fiscal solo podía abarcar aspectos de derecho, así como también la crítica que efectuaron a la solución adoptada por ser contraria al derecho procesal, ya que debió anularse la sentencia y reenviarse las actuaciones para una nueva sustanciación y decisión, circunstancias que, a su juicio, importaron una ausencia de fundamentación legal (art. 171 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires), en detrimento de la doble instancia judicial.

En este sentido, sostuvo que la propia defensa reconoció que la condena se decidió con expreso fundamento legal, pero de manera errónea, por lo que no se evidenciaba el incumplimiento al mandato constitucional que exige fundar las sentencias en el texto expreso de

la ley. Por el contrario, tales objeciones importaban atribuir errores *in iudicando*, cuestionables por medio del referido recurso de inaplicabilidad de ley.

Asimismo, con base en numerosa jurisprudencia del propio tribunal que citó a tal efecto, el a quo concluyó que esos agravios referidos a la garantía de la doble instancia, como otros que formularon los recurrentes en cuanto a la apreciación absurda y arbitraria de la prueba y la validez de la acusación alternativa (punto 1.d), vinculados a infracciones constitucionales y a supuestos errores de juzgamiento, “...desbordan el marco habilitado por el recurso extraordinario de nulidad deducido...”, sin que la defensa haya utilizado “... la vía apta para el tratamiento de esos tópicos-incluso, habilitado excepcionalmente para el encauzamiento de las cuestiones federales a fin de transitar por el superior tribunal de la causa como paso previo al acceso a la vía prevista en el art. 14 de la ley 48, en cumplimiento de lo sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “Strada” (Fallos: 308:490) y “Di Mascio” (Fallos: 311:2478)...” (fs. 872 y vta.).

En este orden de ideas, refirió que el recurso de inaplicabilidad de ley era el único remedio hábil para armonizar con la doctrina sentada en dichos precedentes sin menoscabar la autonomía de las provincias, situación que se produciría en el supuesto de abordar el examen de materias propias de otras vías de impugnación que reguló expresamente el constituyente provincial, en el ejercicio de sus atribuciones.

Por tal motivo, consideró estéril la pretensión de la defensa dirigida a obviar tal aspecto, al exigir que sus reclamos debieran ser atendidos con independencia de la vía elegida, con base en el criterio sentado en el precedente de Fallos: 328:3399. Por lo demás, en respaldo del temperamento adoptado, se remitió a lo resuelto por V.E. en la causa “Zeballos” (Fallos: 334:1054).

3. En igual sentido se pronunció el máximo tribunal provincial sobre el recurso del imputado (fs. 665/696), al sostener, previo descartar la existencia de un estado de indefensión, que tanto la violación de garantías constitucionales -al transgredirse la doble instancia judicial- como la arbitrariedad que invoca con motivo de la incorporación y valoración de prueba que calificó de ilegal, así como los errores de juzgamiento y en la valoración de la prueba que se encarga de señalar en su presentación, son aspectos propios del recurso de inaplicabilidad de ley.

II

Contra este pronunciamiento, la asistencia técnica del imputado interpuso recurso extraordinario que, por mayoría, fue concedido por las razones que lucen a fojas 951/957.

a) En su escrito de fojas 893/913, el recurrente señala la arbitrariedad en la que incurrió el a quo al soslayar el análisis de varias de las críticas de la defensa por haber sido planteadas por una vía que no era la apropiada, de acuerdo con el ordenamiento procesal de la provincia, lo que implicó un excesivo formalismo en detrimento de la defensa en juicio y el debido proceso, al privar al imputado de su derecho a concretar una revisión integral de la condena impuesta en casación, en orden al delito de homicidio calificado por el que fue absuelto por el tribunal oral que lo juzgó (arts. 18, 33 y 75, inciso 22° de la Constitución Nacional; 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Refiere que se omitió el tratamiento de numerosos agravios oportunamente invocados a pesar del carácter constitucional de alguna de esas impugnaciones, tales como el indebido otorgamiento al fiscal de revisar aquel fallo absolutorio en perjuicio del encausado; la violación al principio de oralidad, publicidad e intermediación, bases del sistema de enjuiciamiento penal, al resolver la casación su condena sin proceder al reenvío de la causa para la sustanciación de un nuevo juicio; la arbitrariedad en la valoración de la prueba por la que se le impuso prisión perpetua; y la validez de la acusación alternativa. Agrega que ese vicio que alega, importó desconocer la jurisprudencia de V.E que cita a tal efecto, así como también la supremacía que tienen la Constitución Nacional (art. 31) y los tratados internacionales, que imponen el derecho a la revisión integral de una condena ante un tribunal superior; con los alcances establecidos por V.E. en “Casal” (Fallos: 328:339) y en “Martínez Areco” (Fallos: 328:3741).

Descarta, por otra parte, la remisión que el a quo realizó al precedente “Zeballos” (Fallos: 334:1054), en el que se infirió, a partir del criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, que el acceso a la instancia de revisión no es incondicionado sino que los Estados pueden subordinarlo al cumplimiento de ciertos requisitos formales, ya que en esa ocasión se aludía a la extemporaneidad de los agravios articulados, situación que difiere sustancialmente de la que se presenta en el *sub judice*.

b) Sostiene el apelante que tampoco se hizo un examen exhaustivo de la sentencia recurrida en general en tiempo oportuno, en des-

conocimiento de la doctrina sentada por V.E. en “Ibañez, Clemente s/robo calificado”, ya que se demoró tres años para desestimar los agravios articulados por motivos formales, lapso que constituye el plazo máximo tolerable de duración de la prisión preventiva (caso “Bayarri vs. Argentina”, sentencia del 30 de octubre de 2008). En este orden de ideas, refirió que en el caso se suscitaban las mismas circunstancias contempladas en el informe N° 173/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 11.618 “Oscar Alberto Mohamed, Fondo, Argentina”, del 2 de noviembre de 2010, párrafo 83, en donde “...una combinación de requisitos formales exagerados y prácticas regionales tan arraigadas como incomprensibles ha perjudicado la garantía fundamental de que se trata. Es por ello que la Comisión, en el informe citado, declaró que el recurso extraordinario federal contra una condena dictada por primera vez en segunda instancia no otorga una revisión oportuna, accesible y eficaz de acuerdo a los estándares desarrollados en los párrafos anteriores...” (fs. 900 y vta.).

c) También considera arbitrario el fallo por haber ignorado el a quo el principio de preclusión que derivaba de lo resuelto oportunamente por el mismo tribunal sobre la admisibilidad, sin distinción alguna, de los agravios planteados. Refiere que la declaración realizada oportunamente en ese sentido respecto de los recursos extraordinarios de nulidad deducidos (fs. 716), implicaba la superación definitiva del primer examen para abordar el segundo, consistente en determinar si le asiste o no razón al recurrente en sus reclamos.

d) Por otra parte, entiende el apelante que la Suprema Corte de Justicia de la provincia, si bien reconoció que alguno de aquellos agravios podrían configurar cuestión federal -tanto en los términos del artículo 14 de la ley 48 como de la doctrina excepcional de arbitrariedad- sostuvo que carecía de competencia para tratarlos, ya que los letrados que asistieron técnicamente al imputado equivocaron la vía procesal al plantearlos. De esa forma, privó al encausado de la posibilidad de concretar la revisión judicial de su condena, sin proveerle una adecuada y eficaz defensa que la situación descripta exigía y en cuyo resguardo deben acudir los jueces, conforme con la jurisprudencia que invoca.

Por último, entiende que se encuentra configurado un supuesto de gravedad institucional, como consecuencia de la operación de prensa y publicidad del caso en contra del imputado, con directa afectación de sus garantías individuales.

III

De acuerdo con lo expuesto, es cierto que los agravios detallados en los puntos a) y d) del apartado que antecede, se vinculan con la forma en que la Suprema Corte provincial apreció los temas comprendidos en el recurso extraordinario de orden local a efectos de determinar los límites de su competencia, aspecto cuya revisión, por regla y atento su naturaleza procesal, resulta ajeno al conocimiento de V.E. (Fallos: 302:1134; 313:1045; 328:1689, votos de los doctores Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; 330:4211), siendo la tacha de arbitrariedad, en supuestos de esta índole, especialmente restrictiva (Fallos: 302:418; 305:515; 307:1100; 313:493 y 329:3021, votos de los doctores Highton de Nolasco y Maqueda).

Sin embargo, entiendo que el *sub judice* constituye uno de los supuestos que autoriza aplicar la excepción a ese principio, en la medida que se ha efectuado un examen de los requisitos de admisión con injustificado rigor formal y sin fundamentos adecuados atento las especiales características del caso, que conduce a una restricción sustancial de la vía utilizada por el justiciable y afecta irremediamente el derecho de defensa en juicio (Fallos: 312:1186; 319:88; 324:2456; 327:608; 328:4497; 329:437 y 2265; 330:1907, entre muchos otros).

Para arribar a esa conclusión, previamente cabe poner de resalto lo establecido por la Corte a partir del precedente publicado en Fallos: 308:490 y, luego, en Fallos: 311:2478, en cuanto a que en los casos aptos para ser conocidos en la instancia prevista en el artículo 14 de la ley 48, la intervención del superior tribunal de provincia es necesaria en virtud de la regulación que el legislador hizo del artículo 31 de la Constitución Nacional, de modo que, en tales supuestos, la legislatura y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden impedir el acceso al máximo tribunal de justicia local. También concluyó que las provincias son libres de crear las instancias judiciales que estimen apropiadas, pero sin vedar a ninguna de ellas y menos a las más altas, la aplicación preferente de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, según dicho criterio, entiendo que resultaba imprescindible la intervención del a quo respecto de aquellos agravios que, según su propia opinión y de acuerdo con la reseña realizada en el apartado I del presente, podrían comprender alguna cuestión federal o algún supuesto de arbitrariedad, conforme el carácter que V.E. le ha reconocido a tal doctrina (Fallos: 323:2510, considerando 10°). Ignorar su tratamiento so pretexto de la errónea vía elegida al plantearlos y, en definitiva, de la forma con la que encabezaron sus presentaciones

tanto el imputado como sus letrados, implicó no atender a la real sustancia de lo requerido (conf. Fallos: 328:3399 y 334:592), que no es otro que el de hacer plenamente efectiva la garantía judicial de recurrir el fallo condenatorio ante un juez o tribunal superior.

Es cierto que el recurso de casación ha sido interpretado como garantizador del derecho constitucional de todo imputado de recurrir una sentencia condenatoria que aseguran los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Fallos: 321:494, votos de los doctores Fayt y Petracchi; 328:341, voto del doctor Petracchi; 330:2836), y que V.E. ha extendido dicha doctrina a los recursos de casación u otros análogos previstos en los ordenamientos procesales de las provincias (Fallos: 328:4568, voto del doctor Lorenzetti; 329:149, voto del doctor Zaffaroni).

Pero, en la medida que aquella negativa a analizar los agravios sometidos a estudio no se fundó en la omisión de la parte de plantearlos -como aconteció en el caso “Zeballos” citado en el fallo- ni en que la revisión fuera imposible de hecho, como podría ocurrir respecto de cuestiones alcanzadas por la intermediación propia del debate, la necesidad de que se le reconozca a la defensa ese derecho fundamental a la doble instancia adquiere particular relevancia en el sub lite, a poco que se repare en que se procura revisar una condena impuesta en la instancia casatoria y en orden a un hecho por el que C fue absuelto por el tribunal oral, a partir de la introducción de planteos serios y oportunos que demandan un control de constitucionalidad de ciertos actos, cuya custodia deben asumir todos y cada uno de los jueces, incluso los del máximo tribunal provincial en el acotado ámbito de su competencia, conforme con la alegada supremacía del artículo 31 de la Constitución Nacional.

Precisamente, la posibilidad de que el imputado cuente con un recurso accesible y sin requerir mayores formalidades en esa particular circunstancia es la que debió contemplar el a quo, sobre todo, si se repara que así lo reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mohamed vs. Argentina” (sentencia del 23 de noviembre de 2012, párrafos 90 a 101), como consecuencia del citado informe n° 173/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que fue oportunamente denunciado por la defensa a fojas 716/717.

En tales condiciones, la omisión en la que incurrió el a quo al ignorar ciertos agravios vinculados con la resolución del caso, limitándose a señalar la equivocación de los recurrentes en la vía de impugnación

seleccionada, importó apartarse sin fundamentos adecuados del citado criterio expuesto por V.E. en Fallos: 308:490 y 311:2478, lo que configura un exceso de rigor formal, en tanto carece de sustento suficiente con arreglo a las particulares circunstancias comprobadas de la causa, por lo que resulta descalificable como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad. Pienso que ello es así, toda vez que conduce a una restricción sustancial del derecho del encausado para revisar la condena dictada en su contra, con menoscabo de la garantía prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional (conf. Fallos: 317:126; 320:1504, 2451 y 2662).

En este entendimiento, deviene insustancial el tratamiento de los restantes agravios (Fallos: 317:1455).

IV

En consecuencia, sin que el criterio que propondré importe abrir juicio sobre el fondo de la cuestión, opino que V.E. debe dejar sin efecto la resolución impugnada para que, por intermedio de quien corresponde, se dicte una nueva conforme a derecho. Buenos Aires, 3 de septiembre de 2013. *Eduardo E. Casal*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de noviembre de 2014.

Vistos los autos: “Carrascosa, Carlos Alberto s/ recurso de casación”.

Considerando:

1°) Que el Tribunal en lo Criminal n° 6 del Departamento Judicial de San Isidro, por unanimidad, absolvió a Carlos Alberto Carrascosa en orden al hecho que provocó la muerte de su esposa, María Marta García Belsunce, y por mayoría, lo condenó a la pena de cinco años y seis meses de prisión como autor del delito de encubrimiento agravado por el que fue subsidiariamente acusado (artículos 277, incisos 1° b y 3° a, en función del 79, ambos del Código Penal). Contra esa decisión, tanto el fiscal como la asistencia técnica y el nombrado dedujeron sendos recursos de casación (fs. 216/418 y 424/432 de la causa

29.151, y fs. 425/465 y 467/526, de la causa 29.152, respectivamente, que corren por cuerda separada).

Por su parte, la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, hizo lugar al primero de ellos y condenó al imputado a la pena de prisión perpetua, por considerarlo coautor del delito de homicidio agravado por el vínculo. En consecuencia, sus integrantes rechazaron el recurso articulado por la defensa, pues en virtud del temperamento adoptado entendieron que no correspondía tratarlo (fs. 400/528, de la primera de las causas mencionadas).

Tanto el encausado como sus letrados recurrieron la decisión por medio de sendos recursos de nulidad extraordinarios (fs. 665/696 y 556/660, respectivamente), que fueron rechazados.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires consideró infundados tanto los planteos cuya admisibilidad se ajustaba a los términos del artículo 491 del Código Procesal Penal Provincial (ley 11.922), referidos a la omisión de tratamiento de cuestiones que la parte consideraba esenciales, como aquellos que permitían sostener que el caso se resolvió en forma contraria al texto legal.

Entre los primeros individualizó las críticas vinculadas a: a) inadmisibilidad del recurso fiscal por carecer de agravio; b) no haber abordado el tratamiento y análisis de la nueva investigación penal preparatoria abierta en Pilar; c) omisión del tribunal de juicio y de la casación, de ponderar la omisión de los médicos y fiscal —que actuaron desde el inicio— de ordenar la correspondiente autopsia; y d) la validez de la acusación alternativa. Mientras que, por otra parte, la Corte local descartó el planteo referente a la imposibilidad de revisar y modificar en la instancia casatoria cuestiones de hecho en perjuicio del imputado, ya que el recurso del fiscal solo podía abarcar aspectos de derecho, así como también la crítica que efectuaron a la solución adoptada por ser contraria al derecho procesal, ya que —según alegaron los recurrentes— debió anularse la sentencia y reenviarse las actuaciones para una nueva sustanciación y decisión, circunstancias que a su juicio, importaron una ausencia de fundamentación legal (artículo 171 de la Constitución provincial), en detrimento de la doble instancia.

En lo que resulta de interés, vinculado con el derecho al recurso y la doctrina emergente del precedente de Fallos: 328:3399, argumen-

tó que el remedio procesal interpuesto, solo procede cuando se alegue violación de las normas contenidas en los artículos 168 y 171 de la Constitución provincial: omisión de tratamiento de cuestión esencial, ausencia de acuerdo y voto individual de los magistrados, o falta de mayoría de opiniones. A partir de esa premisa, concluyó que el agravio federal en cuestión debió haber sido encausado por medio del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, toda vez que esa era la vía prevista a tales fines por el legislador provincial, en el marco de las facultades no delegadas, conforme con los artículos 5° y 122 de la Constitución Nacional, y así establecido por la Corte en los casos “Strada” (Fallos: 308:490) y “Di Mascio” (Fallos: 311:2478).

Por tal motivo, consideró estéril la pretensión de la defensa dirigida a obviar tal aspecto, al exigir que su reclamo debiera ser atendido con independencia de la vía elegida, con base en el criterio sentado en el precedente de Fallos: 328:3399. Por lo demás, en respaldo del temperamento adoptado, se remitió a lo resuelto por el Tribunal en la causa “Zeballos” (Fallos: 334:1054).

2°) Contra dicha decisión, el defensor de Carrascosa interpuso recurso extraordinario. Señaló la arbitrariedad en la que incurrió el a quo al soslayar el análisis de varias de las críticas de la defensa por no haber sido planteadas por una vía apropiada, de acuerdo con el ordenamiento procesal de la provincia, lo que implicó un excesivo rigor formal en detrimento de la defensa en juicio y el debido proceso, al privar al imputado de su derecho a concretar una revisión integral de la condena impuesta en casación, en orden al delito de homicidio calificado por el que había sido absuelto por el tribunal oral que juzgó. En este orden de ideas, alegó que en el caso se suscitan las mismas circunstancias contempladas en el informe 173/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 11.618 “Oscar Alberto Mohamed, Fondo, Argentina”, del 2 de noviembre de 2010.

Refirió que se había omitido el tratamiento de numerosos agravios oportunamente invocados a pesar de su carácter constitucional, vinculados al indebido otorgamiento del recurso del fiscal contra el fallo absolutorio; la violación al principio de oralidad, publicidad e inmediación; el desconocimiento de las bases del sistema de enjuiciamiento penal, al haber resuelto la casación la condena de Carrascosa sin proceder al reenvío de la causa para la sustanciación de un nuevo

juicio; la arbitrariedad en la valoración de la prueba; y la validez de la acusación alternativa.

Indicó que el precedente “Zeballos” (Fallos: 334:1054) citado por el a quo a los fines de fundar su postura en cuanto a que el acceso a la instancia de revisión puede ser subordinado al cumplimiento de ciertos requisitos formales, no regía en un supuesto como el de autos, ya que en esa ocasión se aludía a la extemporaneidad de los agravios articulados, situación que difiere sustancialmente de la que se presenta en el sub judice. En ese contexto, agregó la violación a la garantía del plazo razonable por la demora —tres años— que demandó el dictado de la resolución en crisis, y que lejos de expedirse sobre los agravios se limitó a desestimar el recurso por motivos formales. Además, que lo resuelto desatendió el principio *pro homine*, lo que hubiera conducido a mirar con laxitud los estrictos márgenes del recurso extraordinario de nulidad, de cara al ejercicio eficiente del derecho al doble conforme y que, en definitiva, si lo que se advirtió fue un error de la anterior defensa técnica del imputado en la elección de la vía recursiva, el a quo debió enderezar el estado de cosas de modo tal de no privar a Carrasosa del regular ejercicio del derecho de defensa.

Finalmente, sostuvo que en el caso se configuraba un supuesto de gravedad institucional. La Corte local concedió —por mayoría— el remedio federal por considerar que los agravios suscitaban cuestión federal y guardaban relación directa e inmediata con la cuestión objeto del pleito, referentes con el alcance del derecho al recurso contra la sentencia de condena y las garantías de defensa en juicio y debido proceso. Asimismo, porque entendió que eran idóneos los planteos vinculados con la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

3º) Que el recurso extraordinario se dirige contra una sentencia definitiva dictada por el superior tribunal de la causa y los agravios de la defensa suscitan cuestión federal que justifica su consideración en esta instancia, pues si bien es cierto que las resoluciones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos por ante los tribunales de la causa no son revisables —como regla— mediante el remedio del artículo 14 de la ley 48, cabe hacer excepción cuando la decisión frustra la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea o suficiente, lo que traduce una violación a la garantía del debido proceso adjetivo consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 319:2313; 320:2279, entre otros); además, porque la omisión en

su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional.

4°) Que tal situación se ha configurado en autos pues la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, pese a que la parte venía invocando una cuestión federal basada en el derecho al recurso —artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—, desestimó el remedio procesal local intentado con el único fundamento de que la vía utilizada no era la adecuada, pese a reconocer que la materialidad de los agravios quedaban alcanzados por el recurso de inaplicabilidad de ley.

5°) Que dicho rigor formal es incompatible con la necesidad de garantizar al condenado en autos el derecho a una revisión amplia de la sentencia que así lo declara, cuestión que no podía soslayar en supuestos como el de autos en que se procura revisar una condena a prisión perpetua impuesta en la instancia casatoria y en orden a un hecho por el que el recurrente fue absuelto por el tribunal oral.

6°) Que el derecho de recurrir la sentencia de condena, que invoca el recurrente, es una garantía procesal de jerarquía constitucional que, si de ella se ha carecido cabe restablecer; ya sea frente a una condena de primera instancia, a pedido del propio condenado o, si como sucede en este caso, la condena aparece como resultado de recurso acusatorio contra la absolución del tribunal de primera instancia, siendo por tanto, la primera condena recurrible para el condenado en busca de su revocación o modificación.

7°) Que, en el caso “Casal” (Fallos: 328:3399) la Corte sostuvo que la garantía de doble instancia exige, como regla, que el imputado tenga —conforme a las particularidades de cada caso— la posibilidad de someter la totalidad del contenido de la sentencia de condena al escrutinio del tribunal del recurso con la sola excepción de aquellas cuestiones que, en razón de encontrarse directamente vinculadas con la inmediación propia del debate oral, resultan de imposible reedición por parte del órgano revisor. Y si bien es cierto que el caso citado se refería al orden federal, también estableció que las provincias están igualmente obligadas a garantizar el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria (conf. doc. Fallos: 329:530).

8°) Que en tal sentido, es pertinente mencionar que en el caso “Mohamed vs. Argentina” (sentencia del 23 de noviembre de 2012, cuyo informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 173/10 fue oportunamente denunciado por la defensa), la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre el alcance del artículo 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con respecto a sentencias penales de condena emitidas al resolver un recurso contra la absolución, señalando que el contenido de la garantía busca proteger el derecho de defensa y que no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria.

A tal fin sostuvo que: *“La Corte hace notar que este caso presenta la particularidad de que al imputado se le siguió un proceso penal de dos instancias, y fue condenado en segunda instancia por un tribunal que revocó la decisión absolutoria del juzgado de primera instancia. Para determinar si al señor Mohamed le asistía el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, corresponde determinar si la protección consagrada en el artículo 8.2.h de la Convención Americana permite una excepción, tal como alega Argentina, cuando el imputado haya sido condenado por un tribunal que resuelva un recurso contra su absolución”* (párrafo 90).

“El artículo 8.2 de la Convención contempla la protección de garantías mínimas a favor de [t]oda persona inculpada de delito’. En el último inciso en que expone esas garantías, cual es el h), protege el ‘derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior’. La Corte entiende que el artículo 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y proceso penal. Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena” (párrafo 91).

“Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en su proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquel que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Inter-

pretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención” (párrafo 92).

Precisó también: que el recurso debe ser accesible y eficaz. La accesibilidad está dada porque el recurso “no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En tal sentido, la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente”. Mientras que la eficacia “implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el que fue concebido” (párrafo 99). “Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes, y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria” (párrafo 100).

Además, consideró que “en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral” (párrafo 101).

En ese marco, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “el recurso extraordinario federal no constituye un medio de impugnación procesal penal sino que se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento argentino. Asimismo, las causales que condicionan la procedencia de dicho re-

curso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como de derecho de naturaleza jurídica no constitucional” (párrafo 104). Y recordó que “corresponde a Argentina cumplir sus obligaciones generales de respetar y garantizar el derecho a recurrir del fallo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8.2.h, 1.1 y 2 de la Convención Americana y con los parámetros indicados por este Tribunal al respecto, tanto en relación con la normativa que regula el sistema recursivo como con la aplicación que los órganos judiciales hagan al respecto” (párrafo 162 in fine).

9º) Que, por otra parte, cabe recordar aquí que la Corte ha establecido en reiteradas oportunidades que en los casos aptos para ser conocidos por ella según el artículo 14 de la ley 48, la intervención del superior tribunal de provincia es indispensable en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del artículo 31 de la Constitución Nacional, de modo que la legislatura local y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden vedar con fundamentos formales el acceso a aquél órgano, en tales supuestos (Fallos: 308:490 y 311:2478).

Esa exigencia, como recaudo de admisibilidad del remedio federal, tiene como presupuesto el reconocimiento ineludible de la aptitud jurisdiccional de los tribunales de todo el país —incluidos obviamente los superiores de provincia— para considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional. El fundamento último de esta atribución se halla precisamente en la obligación de las provincias de asegurar su administración de justicia (artículo 5º), objetivo que reclama con carácter de necesidad que sus jueces no estén cegados al principio de supremacía constitucional para que dicha administración de justicia sea plena y cabalmente eficaz (Fallos: 310:324 y 323:2510).

10) Que, a la luz de esos antecedentes, la Suprema Corte de Justicia de Provincia de Buenos Aires omitió -al amparo de un excesivo rigor formal basado en el *nomen iuris* de la vía utilizada y soslayando la materialidad de los agravios planteados- el control sobre la cuestión federal comprometida en la decisión del Tribunal de Casación Penal local al evitar un pronunciamiento acerca del deber de garantizar la revisión amplia de la condena que asiste a toda persona inculpada de delito (conf. doc. Fallos: 329:2265).

En esas condiciones, el pronunciamiento apelado exhibe graves vicios de fundamentación que lo descalifican como un acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencia, resultando insustancial el tratamiento de los restantes agravios (Fallos: 317:1455).

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.

CARLOS S. FAYT (*según su voto*)— JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1°) Que el suscripto concuerda con los considerandos 1° y 2° del voto que encabeza este pronunciamiento.

3°) Que el recurso extraordinario se dirige contra una sentencia definitiva dictada por el superior tribunal de la causa y los agravios de la defensa suscitan cuestión federal que justifica su consideración en esta instancia, pues si bien es cierto que las resoluciones que declaran la improcedencia de los recursos deducidos por ante los tribunales de la causa no son revisables —como regla— mediante el remedio del artículo 14 de la ley 48, cabe hacer excepción cuando la decisión frustra la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea o suficiente, lo que traduce una violación a la garantía del debido proceso adjetivo consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 320:2279, entre otros).

4°) Que la Corte ha establecido en reiteradas oportunidades que en los casos aptos para ser conocidos por ella según el artículo 14 de la ley 48, la intervención del superior tribunal de provincia es indispensable en virtud de la regulación que el legislador hizo del artículo 31 de la

Constitución Nacional, de modo que la legislatura local y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden vedar con fundamentos formales el acceso a aquél órgano, en tales supuestos (Fallos: 311:2478).

Esa exigencia, como recaudo de admisibilidad del remedio federal, tiene como presupuesto el reconocimiento ineludible de la aptitud jurisdiccional de los tribunales de todo el país -incluidos obviamente los superiores de provincia- para considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional.

5°) Que, a la luz de los antecedentes reseñados, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires omitió —al amparo de un excesivo rigor formal basado en el *nomen iuris* de la vía utilizada y soslayando la materialidad de los agravios planteados— el control sobre la cuestión federal comprometida en la decisión del Tribunal de Casación Penal local al evitar un pronunciamiento acerca del deber de garantizar la revisión amplia de la condena que asiste a toda persona inculpada de delito (Fallos: 329:2265).

En esas condiciones, el pronunciamiento apelado exhibe graves vicios de fundamentación que lo descalifican como acto jurisdiccional válido con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencia, resultando insustancial el tratamiento de los restantes agravios (Fallos: 317:1455).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.

CARLOS S. FAYT.

Recurso extraordinario deducido por **Carlos Alberto Carrascosa**, con la asistencia técnica del Dr. **Fernando Díaz Cantón**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires**.

Tribunales que intervinieron anteriormente: **Sala Primera del Tribunal de Casación y Tribunal en lo Criminal n° 6 del Departamento Judicial de San Isidro**.

DOMECA COMPAÑÍA DE ARTEFACTOS DOMESTICOS SAIC Y
F C/ ESTADO NACIONAL DTO. 493/04 Y OTROS MINISTERIO DE
ECONOMIA RESOL. 186/03 Y OTRAS S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

EMERGENCIA ECONOMICA

La decisión estatal de suspender el régimen previsto por el decreto 1226/01 -en cuanto permitía cancelar obligaciones tributarias mediante el empleo de los CCF representativos de la amortización de los cupones de capital e interés con vencimiento hasta el 31 de diciembre de 2003 de ciertos títulos de la deuda pública nacional- constituyó una medida que no puede considerarse inválida, de acuerdo al criterio seguido por la Corte en el caso “Galli”, ya que el decreto 493/04 dista de ser una decisión estatal desproporcionada o cercenatoria del derecho de propiedad de la sociedad actora y, por el contrario, se aprecia como una medida que razonablemente pudo ser adoptada para superar una situación de indiscutible emergencia, máxime considerando que, paralelamente y en el contexto de una solución ordenada que contempló a la totalidad de los acreedores, fueron formuladas ofertas de reestructuración de deuda que procuraron asignar un trato razonablemente equitativo a todos ellos, ya que en situaciones de emergencia no son adecuadas las decisiones que agotan su mira en un único acreedor o grupos de acreedores.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 605/611, con la aclaratoria de fs. 639, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto había declarado la inconstitucionalidad de los decretos 1.657/02, 2.243/02 y 493/04, pero la modificó en lo relativo al mecanismo de determinación, cuantificación y liquidación de los certificados de crédito fiscal (CCF, en adelante) que posee la actora, ordenando que a tal fin se aplicaran las pautas fijadas por el decreto 471/02.

Para así decidir, señaló que el régimen para la cancelación de impuestos nacionales mediante la libre utilización de los CCF implementado por el decreto 1.226/01 permanece suspendido desde el 6 de

septiembre de 2002 como consecuencia del dictado de sus similares 1.657/02, 2.243/02 y 493/04, lo cual representa una sustancial afectación del derecho de su tenedor pues la espera ha implicado -en los hechos- un diferimiento en el empleo del capital invertido de alrededor de ocho años, teniendo en cuenta que el último vencimiento originalmente previsto para la cancelación de los títulos originales, luego canjeados por los CCF, fue el 31 de diciembre de 2003.

Reconoció que si bien el arreglo de la deuda interior y exterior de la Nación es materia reservada al Congreso Nacional o a quien éste la delegue, resulta menester que tal ejercicio se concrete sin arbitrariedad ni lesión a los derechos individuales.

Señaló que la negativa de la actora a participar en los sucesivos procesos de reestructuración de la deuda pública llevados adelante con posterioridad al año 2002 no puede importar la pérdida de los derechos emanados de los CCF que posee, ni tampoco la postergación *sine die* en su ejercicio.

Advirtió, sin embargo, que la solución del caso no debe perturbar la normal recaudación de la renta pública, razón por la cual no resulta procedente mantener la vigencia del decreto 1.226/01 pues ello importaría que el tenedor obtuviera -como consecuencia de la reconstrucción de las condiciones monetarias bajo las cuales fueron emitidos los bonos que poseía y que en su momento canjeó- un beneficio de magnitud superior a la de los restantes acreedores del Estado, generándose de tal modo una situación de indebido privilegio.

Por ende, resolvió que los CCF propiedad de la actora deben quedar sujetos a las cláusulas de ajuste, de intereses y de moneda de pago fijadas por el decreto 471/02 para todas las obligaciones del sector público, manteniéndose -como lo dispone el citado reglamento- las fechas y frecuencias de cancelación de los instrumentos respectivos en la forma originalmente contenida en ellos.

-II-

Disconforme, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 618/637, concedido a fs. 655 en lo relativo al alcance e interpretación de normas de carácter federal y denegado en lo que respecta a la arbitrariedad y gravedad institucional alegadas.

Niega que la actora haya perdido los derechos emanados de los CCF que poseía, o que exista una postergación *sine die* en su ejercicio, puesto que estos títulos -junto con otros emitidos por el Estado Nacional antes del 31 de diciembre de 2001- ingresaron en el proceso

de canje abierto por la ley 26.017, cuya constitucionalidad no ha sido objeto de debate.

Añade que este proceso venció el 25 de febrero de 2005 y que, para aquellos tenedores que no adhirieron a sus condiciones y no reestructuraron su acreencia, la citada ley dispuso el reemplazo de pleno derecho de los títulos originales por los “*Bonos de la República Argentina a la par en pesos step up 2038*”, en las condiciones establecidas para la asignación, liquidación y emisión de los bonos por el decreto 1.735/04.

Destaca que, sin perjuicio de ello, la actora tuvo una nueva oportunidad para reestructurar su crédito, conforme a lo dispuesto por la ley 26.547, del 9 de diciembre de 2009.

Concluye que la forma de cancelar la deuda pública es una cuestión de política económica del Estado, cuya conveniencia o acierto escapa a la competencia del Poder Judicial quien no puede, por la vía del control de constitucionalidad, sustituir en sus funciones a los demás poderes de gobierno.

-III-

Estimo que el recurso extraordinario es formalmente admisible, pues en autos se discute la interpretación de normas federales -leyes 26.017, 26.078, 26.337, 26.422, 26.546 y decretos 1.657/02, 2.243/02, 493/04, 1.735/04, entre otras- y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa resultó contraria a la posición que el impugnante funda en aquéllas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

En este punto, no es ocioso recordar que, en su tarea de establecer la correcta interpretación de las normas de carácter federal, V.E. no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (art. 16, ley 48), según la inteligencia que rectamente les otorgue (arg. Fallos: 307:1457; 320:1915, entre otros).

-IV-

A fin de contestar la vista que se confiere al Ministerio Público, estimo necesario describir brevemente el marco normativo que rige el caso.

a) Cabe recordar que el decreto 1.226/01 autorizó al Ministerio de Economía a emitir los citados CCF por todos aquellos títulos de la deuda pública nacional que tengan amortizaciones de capital total o parcial hasta el 31 de diciembre de 2003, por el importe equivalente a los

cupones de capital e interés con vencimiento hasta el 31 de diciembre de 2003 por hasta el equivalente de valor nominal pesos un mil millones (V.N. \$1.000.000.000). Para recibir estos CCF, los instrumentos se debían depositar hasta el 31 de diciembre de 2001 en la Caja de Valores S.A., donde quedaban en custodia a esos efectos. La asignación de los CCF debía ser realizada por orden cronológico de depósito de los títulos, hasta alcanzar el cupo establecido.

Para hacer uso de esta posibilidad, la actora adquirió “Bonos Externos 1992” y “Bonos del Tesoro en dólares estadounidenses 11,75% 2003”, los depositó en la Caja de Valores S.A. el 29/11/01 y el 06/12/01, y esa entidad emitió los correspondientes CCF provisorios.

Por medio del decreto 1.657/02 (ratificado por el art. 62 de la ley 25.725), se suspendió el régimen del decreto 1.226/01 para la cancelación de obligaciones tributarias nacionales con títulos de la deuda pública, por el plazo de noventa días a partir de la fecha de su publicación (art. 1°) y, entre otras medidas, se dispuso que el Ministerio de Economía eleve a consideración del Poder Ejecutivo Nacional un proyecto de ley que contemple la adecuación del uso de los títulos públicos en cuestión a las posibilidades presupuestarias de cada uno de los ejercicios futuros (art. 4°). Como fundamento de esta disposición se expresó que las normas que instrumentaron las cláusulas que permitían utilizar títulos públicos para efectuar pagos de impuestos nacionales no contemplaron el sistema de programación financiera necesario para la afectación de los sucesivos ejercicios presupuestarios a los que alcanzan dichos títulos, cuando ellos se aplican a la cancelación de deudas tributarias, generando una variable incierta, en tanto implica la posible reducción de ingresos tributarios de ejercicios futuros. Esa situación de incertidumbre comenzó a percibirse en la ejecución del Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2002, aprobado por ley 25.565, provocando hasta el 31 de agosto de 2002 una afectación de recursos tributarios para el pago de títulos públicos del orden de pesos un mil ochocientos veinte millones (\$1.820.000.000), que genera también un grave efecto distorsivo directo sobre la Coparticipación Federal. Es por ello que, para hacer cesar dicha situación de incertidumbre, que no se compatibiliza con los fines expuestos en la ley 25.561, en los decretos 256/2002 y 450/2002, y en la resolución 73/2002 del Ministerio de Economía, se implementó un mecanismo para determinar la incidencia que tendrá el régimen vigente sobre los recursos tributarios correspondientes al ejercicio presupuestario 2003 y a los ejercicios presupuestarios siguientes (v. los considerandos del decreto 1657/2002).

d) El decreto 1.657/02 fue modificado por su similar 2.243/02, que mantuvo la suspensión para cancelar obligaciones tributarias nacionales con títulos deuda pública por noventa días desde la fecha de su publicación (11 de noviembre de 2002); previó que los tenedores de CCF originados en la conversión autorizada por el decreto 1.226/01, que ya se encontraban registrados en la Caja de Valores S.A. a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1.657/02, podrían volver al título original, según el régimen vigente (art. 4°) y fijó un cupo mensual de ochenta millones de pesos hasta tanto se sancionara la ley a la que aludía el art. 4° del decreto 1.657/02 para aplicar a la cancelación de obligaciones tributarias nacionales de los cupones de capital e interés, vencidos o a vencer hasta la fecha de la sanción de dicha ley, de los títulos previstos en los decretos N° 1.005/01 y 1.226/01.

Ese cupo se asignaría a la parte correspondiente a la Nación en la coparticipación primaria, sin incidir en la parte correspondiente a las provincias (art. 5° del decreto 2.243/02, texto según el art. 1° del decreto 1.264/03).

e) La explicación a esa nueva medida surge de los considerandos del decreto 2.243/02, en los que se lee que, en atención a los resultados de la recaudación correspondiente al mes de septiembre de 2002, y en el marco de la emergencia económica declarada por la ley 25.561, resultaba menester fijar un cupo mensual, hasta la fecha de sanción del proyecto de ley previsto en el art. 4° del decreto 1.657/02, para los cupones de intereses, vencidos o a vencer hasta la referida fecha, de los títulos previstos en los decretos 1.005/01 y 1.226/01 -entre otros-, a fin de preservar la integridad de esos títulos en su aplicación para la cancelación de obligaciones tributarias nacionales. Para utilizar ese cupo, se previó que la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía llevara a cabo licitaciones mensuales, a las que podrían presentarse los tenedores de los títulos, para realizar una oferta de cancelación de obligaciones tributarias nacionales compuesta por la proporción que propusieran entre pesos e imputación de dichos títulos.

f) La resolución 7/03 de la Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía dispuso que las licitaciones mensuales a las que se refiere el art. 5° del decreto 2.243/02, relacionadas con la aplicación a la cancelación de obligaciones tributarias nacionales de cupones de intereses, vencidos o a vencer, se realizarían al penúltimo día hábil de cada mes, comenzando la primera de ellas el 7 de febrero de 2003 (art. 1°, texto según art. 1° de la resolución 21/2003 de la aquella Secretaría).

g) Luego la resolución 186/03 de la Secretaría de Hacienda suspendió por el término de sesenta días a partir de la fecha de su publicación, la licitación pautada originalmente para el 30 de octubre de 2003 y postergada hasta el 26 de noviembre de ese año, así como las que se realizarían los días 27 de noviembre y 29 de diciembre de 2003 y 29 de enero de 2004.

h) En este escenario, el art. 1° del decreto 493/04 -cuya validez se discute en el sub lite- dispuso suspender el régimen para la cancelación de obligaciones tributarias nacionales con títulos de la deuda pública, previsto por los decretos 424/01, 1.615/01, 1.005/01 y 1.226/01, hasta tanto finalizara la operación de canje voluntario de títulos de la deuda pública externa contemplada en el art. 24 del decreto 1.387/01. Igual medida se adoptó en relación con el mecanismo licitatorio dispuesto por los decretos 2.243/02 y 1.264/03 y determinadas resoluciones de la Secretaría de Hacienda (art. 2°).

i) Como fundamento de las medidas citadas en el punto anterior, el Poder Ejecutivo Nacional adujo que se había iniciado el proceso de renegociación de la deuda soberana contraída con anterioridad al 31 de diciembre de 2001 y que, en ese marco, se había formulado a los acreedores una propuesta para reestructurarla. Según indica en los considerandos del decreto 493/04, aquel proceso se configuró sobre la base de dispensar un trato igualitario a todos los acreedores, lo que imponía la necesidad de desarrollar un accionar armónico, consistente, equitativo e igualador respecto de todos los títulos emitidos e involucrados en las negociaciones abiertas o por abrir a partir de la iniciación de aquél. En tales condiciones y teniendo en cuenta el diferimiento de pagos de los servicios de la deuda pública, a fin de no discriminar entre distintos acreedores de deuda pública externa, el órgano emisor del decreto 493/04 entendió necesario suspender el poder cancelatorio de obligaciones tributarias nacionales otorgado a través de los decretos antes citados (entre los que se encuentra el decreto 1.226/01 en el cual la actora funda su derecho), hasta tanto finalice el proceso de renegociación de la deuda pública.

j) Si bien las medidas reseñadas se adoptaron al amparo de las facultades que el art. 99, inc. 3°), de la Constitución Nacional le confiere el Poder Ejecutivo Nacional, pues se alegó que el mencionado proceso de reestructuración de la deuda pública constituía, por su carácter y magnitud, una situación sin precedentes, que no pudo ser contemplada al momento de la sanción de la ley 25.561 de emergencia económica, motivo por el cual resultaba de toda urgencia y necesidad el dictado de ese decreto, toda vez que circunstancias excepcionales existentes

hacían imposible seguir los trámites ordinarios previstos por Ley Fundamental para la sanción de las leyes, lo cierto es que el Poder Legislativo ratificó el decreto 493/04 mediante el art. 50 de la ley 26.078.

k) Cada una de las leyes que aprobaron los presupuestos de gastos y recursos de la Administración Nacional para los ejercicios 2006 a 2012 extendieron expresamente la suspensión del decreto 493/2004 hasta tanto el Poder Ejecutivo Nacional normalice los servicios de la deuda pública -conf. arts. 42 de la ley 26.078 (ejercicio 2006); art. 58 de la ley 26.198 (ejercicio 2007); art. 54 de la ley 26.337 (ejercicio 2008); art. 54 de la ley 26.422 (ejercicio 2009); art. 50 de la ley 26.546 (ejercicio 2010 y prorrogada para el 2011 en virtud de lo dispuesto por el art. 27 de la ley 24.156 -conf. también decreto 2.054/10-); y finalmente art. 49 de la ley 26.728 (ejercicio 2012)-.

l) Con posterioridad, el art. 1° del decreto 1.735/04 dispuso la reestructuración de la deuda del Estado Nacional, instrumentada en aquellos bonos cuyo pago fue objeto de diferimiento según lo dispuesto en el art. 59 de la ley 25.827, mediante una operación de canje nacional e internacional. Se estableció allí que la operación sería llevada a cabo mediante el canje de los títulos existentes por los nuevos instrumentos representativos de deuda, emitidos por hasta un valor nominal máximo equivalente a dólares estadounidenses cuarenta y un mil ochocientos millones (u\$s 41.800.000.000).

m) La ley 26.017 (B.O. 11/02/2005) dispuso que, sin perjuicio de la vigencia de las normas que resulten aplicables, los bonos del Estado Nacional que fueran elegibles para el canje instrumentado por el ya citado decreto 1.735/04 y que no hubiesen sido presentados para esa operación, quedarían sujetos adicionalmente a sus disposiciones (art. 1°) y, así, respecto de ellos prohibió reabrir el proceso de canje (art. 2°) y efectuar cualquier tipo de transacción judicial, extrajudicial o privada (art. 3°); además, le impuso el deber, dentro del marco de las condiciones de emisión de los respectivos bonos y de las normas aplicables en las jurisdicciones correspondientes, de dictar los actos administrativos pertinentes y cumplimentar las gestiones necesarias para retirarlos de cotización en todas las bolsas y mercados de valores, nacionales o extranjeros (art. 4°); y estableció que los bonos del Estado nacional elegibles de acuerdo a lo dispuesto por el decreto 1.735/04, depositados por cualquier causa o título a la orden de tribunales de cualquier instancia, competencia y jurisdicción, cuyos titulares no hubieran adherido al canje o no hubieran manifestado, en forma expresa, en las respectivas actuaciones judiciales, su voluntad de no adherir a esa operatoria antes de la fecha de su cierre, quedarían reemplazados,

de pleno derecho, por los “Bonos de la República Argentina a la par en pesos *step up 2038*”, en las condiciones establecidas para la asignación, liquidación y emisión de tales bonos por el decreto 1.735/04 y sus normas complementarias (art. 6°).

n) Más de cuatro años más tarde, la ley 26.547 (B.O. 10/12/2009) autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a realizar los actos necesarios para la conclusión de ese proceso de reestructuración y suspendió la vigencia de los arts. 2°, 3° y 4° de la ley 26.017 hasta el 31 de diciembre del 2010 o hasta tanto el Poder Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, declarara terminado el proceso de reestructuración de los títulos públicos alcanzados por la ley 26.017, lo que ocurriera primero.

o) Por último, el decreto 563/10 dispuso la reestructuración de la deuda del Estado Nacional, instrumentada en los títulos públicos que eran elegibles para el canje dispuesto en el decreto 1.735/04 y sus normas complementarias y que no hubiesen sido anteriormente presentados, mediante una nueva operación de canje de los títulos representativos de deuda pública nacional e internacional.

-V-

Sentado lo anterior, pienso que el tema que se somete a consideración del Tribunal en estos autos, esto es, la validez constitucional de la decisión del Estado Nacional adoptada primero por el decreto 493/04 y luego ratificada por el Poder Legislativo por medio del art. 50 de la ley 26.078 -de suspender el régimen para la cancelación de obligaciones tributarias nacionales en los términos previstos por el decreto 1.226/01 hasta tanto finalice la operación de canje voluntario de los títulos de la deuda pública externa-, constituye otra derivación de las medidas implementadas para conjurar la crisis que padece el país desde hace tiempo, pero que demostró toda su intensidad y gravedad a partir de fines de 2001 y condujo, entre otras cosas, como es bien conocido, a la declaración legal del estado de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (ley 25.561 y sus prórrogas).

Como ya sostuve al dictaminar en una cuestión sustancialmente análoga a la aquí debatida (S.98, L.XLII, “*Siderca S.A.I.C. C/ EN - DTO. 493/04 y 424/01 s/ amparo Ley 16.986*”, del 19 de noviembre de 2007), esta situación de emergencia, así como su proyección en distintas relaciones jurídicas, tanto públicas como privadas, tornan aplicable lo expuesto por este Ministerio Público Fiscal en las causas “*Bustos*”

(Fallos: 327:4495), “*Guijun S.A.*” (Fallos: 330:1507) y “*Rinaldi*” (Fallos: 330:855), a los cuales corresponde remitir por razones de brevedad.

Y en cuanto a la aplicación de las normas de emergencia a las obligaciones instrumentadas en títulos públicos, si bien con respecto a medidas distintas a la que se cuestiona en el *sub lite*, también hizo lo propio en el caso “*Galli*” (Fallos: 328:690), cuyas conclusiones entiendo que ayudan para resolver este caso.

Pues bien, en concordancia con los criterios adoptados en esos precedentes y a la luz de las pautas ahí señaladas, considero que la decisión estatal de suspender el régimen previsto por el decreto 1.226/01 -en cuanto permite cancelar obligaciones tributarias mediante el empleo de los CCF representativos de la amortización de los cupones de capital e interés con vencimiento hasta el 31 de diciembre de 2003 de ciertos títulos de deuda pública nacional- constituye una medida razonable que encuentra amparo en la doctrina de la emergencia.

Para comprender este aserto, conviene tener presente que la grave situación de crisis que se desató a fines de 2001 tuvo fuerte impacto en las obligaciones financieras del Estado Nacional, que incluso anunció el diferimiento de los pagos de intereses y capital correspondientes a la deuda pública externa, debido a la persistente recesión económica que, sumada a la falta de acceso a los mercados internacionales de capitales, habían debilitado las finanzas públicas con graves inconvenientes para los argentinos. En esa misma oportunidad también se indicó que en breve se iniciarían las consultas con los acreedores para reprogramar la deuda, aspecto al que se lo calificaba como parte esencial del plan de sustentabilidad económica que se elaboraría para restaurar la solvencia y prosperidad de la economía nacional (v. comunicado de prensa de la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía de la Nación, disponible en www.mecon.gov.ar/download/financiamiento_cp24-12-01.pdf) y, en este contexto, la ley 25.561 fue la primera -pero no la única- de una larga serie de disposiciones sobre el tratamiento de la deuda pública y su reestructuración (art. 1º, incs. 1 a 4).

En este escenario de extrema gravedad, como se recuerda en los dictámenes antes mencionados, debe reconocerse que el Estado Nacional cumplió las condiciones que surgían de los CCF regulados por el decreto 1.226/01 y, cuando las exigencias para atender la situación de crisis económica y social fueron mayores y demandaron más recursos, de todas formas implementó mecanismos para seguir atendiendo a los acreedores que -como la actora- se habían acogido a su régimen,

siempre tratando de conciliar su obligación de hacer frente a la crisis con los derechos de estos bonistas, en condiciones de previsibilidad presupuestaria (v.gr. decreto 1.657/02, ratificado por el art. 62 de la ley 25.725 y normas complementarias, entre otros).

En estas circunstancias, ante la inminencia del inicio del proceso de reestructuración de la deuda que finalmente se llevó adelante mediante el decreto 1.735/04 y las leyes 26.017 y 26.547, sus normas modificatorias y complementarias, se decidió suspender el poder cancelatorio de los CCF emitidos bajo el régimen del decreto 1.226/01. Y si bien el Poder Ejecutivo Nacional adoptó esa medida por el decreto 493/04, ésta fue expresamente ratificada por el art. 50 de la ley 26.078 en ejercicio de las potestades de “*arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación*” y de aprobar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración Nacional, que la Constitución Nacional le asigna al Congreso (art. 75, incs. 7° y 8°), órgano que también dispuso otras medidas tendientes a regularizar el pago de las obligaciones estatales (v.gr. leyes 25.565, 25.827 y 25.967, entre otras) y todo ello en el marco de un estado de emergencia -cuya configuración no se discute en estos autos-, declarado por la ley 25.561.

En este contexto, entonces, pienso que el decreto 493/04, aquí se impugna, lejos de ser una decisión estatal desproporcionada o cercenatoria del derecho de propiedad, se aprecia razonable para superar el estado de adversidad que implica una situación de emergencia, en la que todos los sectores sociales deben deponer sus intereses individuales en pos del bienestar general, enderezada a resolver un tema cuya gravedad e importancia para el desarrollo nacional es claramente perceptible.

Por ello, la posición contraria, que pretenda mantener inalterada la situación anterior a la crisis y sin que este fenómeno afecte a la aquí actora, evidencia una mirada individualista que intenta primar sobre el interés general, al mismo tiempo que se desentiende de las condiciones políticas, jurídicas, sociales y económicas imperantes. Desde esta óptica -tal como lo señaló este Ministerio Público en otra oportunidad al tratar los efectos de la caótica situación de crisis sobre los fondos depositados en entidades bancarias (Fallos: 327:4495)-, surge claro que todos los que se encuentran afectados en sus relaciones jurídicas por la norma que aquí se impugna deben contribuir con un aporte parcial para atemperar la crisis, sin que pueda considerarse a sector alguno inmune a tales alteraciones, máxime cuando la jurisprudencia del Tribunal indica que el interés particular, aunque pueda verse perturbado por medidas de emergencia, debe ceder ante el general frente a una situación de grave necesidad (doctrina de Fallos: 269:416).

De tal manera, estimo que la declaración de inconstitucionalidad de los decretos 1.657/02, 2.243/02 y 493/04 realizada por la sentencia en crisis debe ser dejada sin efecto, puesto que se desentien- de del hecho cierto de que esa decisión de suspender el régimen previsto por el decreto 1.226/2001 hasta tanto culminara la opera- ción de canje voluntario de los títulos de la deuda pública externa contemplada en el art. 24 del decreto 1.387/01, debió ser adoptada en una situación de crisis e impotencia financiera del Estado que, como tal, debía encontrar respuesta en una solución ordenada que contemplara a la totalidad de los acreedores, procurando asignar- les un trato razonablemente equitativo, ya que en casos de insol- vencia no son adecuadas las decisiones que agotan su mira en un único acreedor o grupo de acreedores, a sabiendas de que a los res- tantes -de igual calidad o con créditos de análoga naturaleza- no podría otorgárseles, precisamente por la incapacidad de pago, el mismo tratamiento (cfr. Fallos: 328:690, voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco, cons. 16).

Llego así a la conclusión que me permite dictaminar que los decretos 1.657/02, 2.243/02 y 493/04, sus normas complementarias y modificatorias, no contienen vicio o tacha alguna que los haga inconstitucionales, tanto por lo que se refiere a los aspectos jurí- dicos institucionales vertidos precedentemente como por cuanto informa su vinculación con la realidad existente en el momento que se dictaron.

-VI-

Por los fundamentos aquí vertidos, opino que corresponde re- vocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 3 de abril de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de noviembre de 2014.

Vistos los autos: “Domec Compañía de Artefactos Domésticos S.A I C y F c/ EN-Dto. 493/04 y otros –Mº E- Resol. 186/03 y otras s/ proceso de conocimiento”.

Considerando:

1º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto había declarado la inconstitucionalidad de los decretos 1657/02, 2243/02 y 493/04; en cambio, la modificó en la relativo al procedimiento de determinación, cuantificación y liquidación de los Certificados de Crédito Fiscal (CCF), de propiedad de la sociedad actora, al que declaró aplicables las pautas fijadas por el decreto 471/02.

Para así decidir, consideró que la suspensión del régimen de cancelación de impuestos nacionales mediante la libre utilización de los CCF, dispuesta por los decretos 1657/02, 2243/02 y 493/04, a partir del 6 de septiembre de 2002, importaba una sustancial afectación del derecho de su tenedor pues esa espera había implicado un diferimiento de aproximadamente ocho años en el empleo del capital invertido, puesto que el último vencimiento previsto para la cancelación de los títulos originales, luego canjeados por los CCF, había sido el 31 de diciembre de 2003.

Señaló que si bien el arreglo de la deuda interior y exterior de la Nación es materia reservada al Congreso Nacional -o a quien éste la delegue- su ejercicio debe concretarse sin arbitrariedad ni lesión a los derechos individuales.

Entendió que la negativa de la actora a participar en los sucesivos procesos de reestructuración de la deuda pública, llevados a cabo con posterioridad al año 2002, no podía conllevar ni la pérdida de los derechos emanados de los CCF de los que es titular ni, tampoco, la postergación sine die de su ejercicio.

Sin embargo, y con el propósito de que la decisión del caso no perturbara la normal recaudación de la renta pública, juzgó que resultaba improcedente mantener la vigencia del decreto 1226/01, pues la permanencia de las condiciones monetarias bajo las cuales habían sido emitidos los bonos que poseía la sociedad actora -y que oportunamente canjeó- importaría consagrar un indebido privilegio a favor de ésta en relación a los restantes acreedores del Estado.

En esa inteligencia, dispuso que los CCF de propiedad de la accionante quedarían sujetos a las cláusulas de ajuste, de intereses y de

moneda de pago fijadas por el decreto 471/02 para todas las obligaciones del sector público, manteniéndose las fechas y frecuencias de cancelación de los instrumentos respectivos en la forma originariamente contenida en ellos.

2º) Que contra tal sentencia, la Administración Federal de Ingresos Públicos dedujo recurso extraordinario (fs. 618/637) que, tras ser contestado por la actora (fs. 645/653), fue concedido por el a quo en los términos de la resolución de fs. 655/655 vta. y resulta formalmente procedente en tanto se encuentra en tela de juicio la inteligencia y validez de normas de carácter federal –decretos 493/04, ratificado por el art. 50 de la ley 26.078 y 1657/02 y 2243/02- y la sentencia definitiva dictada por el superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el apelante fundó en ellas. (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

Cabe recordar que en su tarea de establecer la correcta interpretación de las normas de ese carácter, esta Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal a quo y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la inteligencia que rectamente les otorgue (Fallos 307:1457; 320:1915, entre otros).

Por otra parte, según lo ha establecido el Tribunal las sentencias de la Corte Suprema deben ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario (Fallos: 323:1101).

3º) Que resulta pertinente señalar que ante la inminencia del inicio del proceso de reestructuración de la deuda que se llevó adelante mediante el decreto 1735/04 y las leyes 26.017 y 26.547, sus normas modificatorias y complementarias, se decidió suspender el poder cancelatorio de los CCF emitidos bajo el régimen del decreto 1226/01. Y si bien el Poder Ejecutivo Nacional adoptó esa medida por el decreto 493/04, ésta fue expresamente ratificada por el art. 50 de la ley 26.078 en ejercicio de las potestades de “arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación” y de aprobar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la Administración Nacional, que la Constitución Nacional le asigna al Congreso (art. 75, incs. 7º y 8º), órgano que también dispuso otras medidas tendientes a regularizar el pago de las obligaciones estatales (v.gr. leyes 25.565, 25.827 y 25.967, entre otras) y todo ello en el marco de una situación de emergencia -cuya configuración no se discute en estos autos- declarado por la ley 25.561.

4º) Que, como se señaló, en el contexto de la referida situación de emergencia, el Estado Nacional formuló una primera oferta de canje de deuda pública mediante el citado decreto 1735/04. Al respecto cabe destacar que si bien en él no se contempló a los CCF como títulos elegibles para participar en ese canje, se previó en sus anexos, con relación a los títulos emitidos en los términos y condiciones del decreto 1226/01, que los tenedores interesados en ingresar en ese proceso, deberían “ofrecer el título correspondiente de cada serie de depósito CCF en la cuenta fiduciaria en Caja de Valores S.A para efectuar un canje de estos instrumentos de conformidad con la oferta” (v. Anexo A del suplemento de prospecto, pág. 148 de la versión en castellano).

Además, en el “Procedimiento Operativo aplicable en la República Argentina” (anexo II de la resolución 20/05 del Ministerio de Economía), se consignó que los tenedores de CCF podrían participar del canje de la deuda pública, previa entrega del título subyacente de cada serie de CCF del decreto 1226/01 depositado en la cuenta fiduciaria en Caja de Valores S.A., según los detalles aplicables a los títulos con cupones separados; es decir, debían reconstituir el título con cada cupón de intereses y pago de capital y presentar todas sus partes ante la citada entidad o, en caso de no poder reconstituirlo completamente, presentar los componentes que tuvieran en su poder y depositar un monto en efectivo igual al valor nominal total de cada uno de los cupones de intereses y pagos de capital que no fueran presentados.

Cabe recordar al respecto que el art. 4º del decreto 2243/02 había autorizado a los tenedores de CCF originados en la conversión autorizada por el decreto 1226/01 (entre otros) que ya se encontraban registrados en Caja de Valores S.A. a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1657/02, a volver al título original según el sistema vigente, es decir, en los términos del art. 4º del decreto 1226/01.

Dichos extremos fueron puestos en conocimiento del actor mediante la nota obrante a fs. 119, que lo notificó del comunicado 3706 de Caja de Valores S.A.

Posteriormente, mediante el decreto 563/10 se dispuso otra restructuración de la deuda del Estado Nacional, referente a los títulos públicos que eran elegibles para el canje dispuesto por el decreto 1735/04, pero que no habían sido presentados a éste. A tal fin, se ofreció

una operación de canje de los títulos representativos de la deuda pública nacional e internacional por los nuevos instrumentos de deuda.

En este sistema, se previó que los tenedores de CCF emitidos en virtud de los decretos 1005/01 ó 1226/01 ó “CCF Letes” emitidos en virtud del decreto 1005/01, que desearan participar por los títulos elegibles correspondientes a sus certificados, deberían obtener los títulos elegibles subyacentes depositando los correspondientes CCF o “CCF Letes”, pudiendo integrar cupones de CCF faltantes con dinero en efectivo, todo esto de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Caja de Valores S.A., cumplido lo cual el tenedor debería ofrecer los títulos elegibles en los términos de la invitación (Procedimiento Aplicable en la República Argentina, Anexo I, punto 7).

Se estableció que no podían participar en esa operación los tenedores de CCF emitidos en virtud de los decretos 1005/01 ó 1226/01 ó “CCF Letes”, emitidos en virtud del decreto 1005/01, que no pudieran obtener los títulos elegibles subyacentes correspondientes a sus certificados. Sin embargo, previó que una vez concluida la liquidación final de esa propuesta, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas podría establecer un procedimiento a fin de que aquéllos pudieran ser canjeados por Bonos con Descuento, emitidos en la misma moneda y bajo la misma opción de legislación que los títulos elegibles con los cuales se corresponden, en los términos establecidos en los puntos “Moneda Denominación de los Títulos Nuevos” y “Ley aplicable a los Títulos Nuevos” de la sección “Características de la operación” del presente documento, junto con las correspondientes Unidades Vinculadas al PBI y Bonos Globales 2017 (v. punto 8 del Anexo I).

Finalmente, por resolución 439/11 del Ministerio de Economía y Finanzas se aprobó el procedimiento operativo de canje de Certificados de Crédito Fiscal y Certificados de Custodia emitidos en el marco de lo dispuesto por los decretos 979/01, 1005/01 y 1226/01 por Bonos de la República Argentina con Descuento en Dólares estadounidenses 8,28% 2033 y un pago en efectivo correspondientes a los intereses de los Bonos Nuevos devengados desde el 31/12/03 hasta la fecha de liquidación.

5º) Que en las indicadas condiciones y en la situación de emergencia entonces imperante, cabe concluir que la decisión estatal de suspender el régimen previsto por el decreto 1226/01 –en cuanto permitía cancelar obligaciones tributarias mediante el empleo de los CCF representativos

de la amortización de los cupones de capital e interés con vencimiento hasta el 31 de diciembre de 2003 de ciertos títulos de la deuda pública nacional- constituyó una medida que no puede considerarse inválida, de acuerdo con el criterio seguido por esta Corte, si bien con referencia a otros preceptos, en el caso “Galli” (Fallos: 328:690).

6º) Que, en efecto, ello es así pues una adecuada inteligencia del citado precedente “Galli” permite afirmar que en esa causa el Tribunal “no se limitó a resolver lo relativo a la modificación de la moneda de pago –dispuesta por el decreto 471/02 respecto de los bonos regidos por la legislación argentina- sino que estableció una doctrina de amplios alcances –con respaldo en un principio de derecho de gentes cuya existencia ya había sido afirmada por el Tribunal en el precedente “Brunicardi” (Fallos: 319:2886)- en lo concerniente a las facultades del Estado Nacional respecto de la posibilidad de que en épocas de graves crisis económicas limite, suspenda o reestructure los pagos de la deuda para adecuar sus servicios a las reales posibilidades de las finanzas públicas, a la prestación de los servicios esenciales y al cumplimiento de las funciones estatales básicas que no pueden ser desatendidas” (conf. “Rabolini, Germán Adolfo c/ Estado Nacional Mº de Economía”, Fallos: 333:855, entre otros).

7º) Que, en consecuencia, como lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, en este escenario de extrema gravedad, debe reconocerse que el Estado Nacional cumplió las condiciones que surgían de los CCF regulados por el decreto 1226/01 y, cuando las exigencias para atender la situación de crisis económica y social fueron mayores y demandaron más recursos, de todas formas implementó mecanismos para seguir atendiendo a los acreedores que -como la actora- se habían acogido a su régimen, siempre tratando de conciliar su obligación de hacer frente a la crisis con los derechos de estos bonistas en condiciones de previsibilidad presupuestaria (v. gr. decreto 1657/02, ratificado por el art. 62 de la ley 25.725 y normas complementarias, entre otros).

En este contexto, el decreto 493/04, dista de ser una decisión estatal desproporcionada o cercenatoria del derecho de propiedad de la sociedad actora; por el contrario, se aprecia como una medida que razonablemente pudo ser adoptada para superar una situación de indiscutible emergencia; máxime, considerando que, paralelamente y en el contexto de una solución ordenada que contempló a la totalidad de los acreedo-

res, fueron formuladas ofertas de reestructuración de deuda que procuraron asignar un trato razonablemente equitativo a todos ellos, ya que, en situaciones de emergencia no son adecuadas las decisiones que agotan su mira en un único acreedor o grupos de acreedores.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia y se rechaza la demanda. Costas por su orden en razón de la complejidad de las cuestiones planteadas (arts. 68, segunda parte, y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Administración Federal de Ingresos Públicos –Dirección General Impositiva**, representada por la **Dra. Laura Rodríguez Campos**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Enrique Carballo y Sergio Cerdán**.

Traslado contestado por **Domec, Compañía de Artefactos Domésticos S.A.I.C y F.** representada por el **Dr. Jorge Emilio Fiorito**, con el patrocinio letrado del **Dr. Jorge A. Fiorito**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 7**.

FACULTAD DE CIENCIAS MÉDICAS DE LA U.N.L.P. c/ U.N.L.P.
s/ RECURSO ADMINISTRATIVO DIRECTO

UNIVERSIDAD

Corresponde admitir la pretensión formulada por la facultad y declarar la nulidad de la resolución 300/2012 del Consejo Superior de la Universidad Nacional de La Plata si, no solamente vulnera las previsiones contenidas en las decisiones ministeriales y de la Coneau referentes a la necesidad de modificar gradualmente el régimen de la “Práctica Final Obligatoria” (PFO) dentro del límite temporal que se había fijado, sino que, por otra parte, incurre en el error de sostener que no procede exigir

retroativamente a los alumnos ingresados con anterioridad el requisito de tener aprobados los exámenes finales de todas las materias para poder cursarlo, toda vez que los alumnos no tienen un derecho adquirido al mantenimiento de una determinada relación entre la cantidad de materias aprobadas y la realización de dicha práctica, más aún cuando el cambio de tal relación se sustenta en la necesidad de mejorar la calidad académica de quienes obtengan el título de médico y fue adoptada por el ministerio en cumplimiento de lo previsto en el art. 43 de la ley 24.521.

LEGITIMACION

Si la cuestión abordada por la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de La Plata en la resolución 602/2010 no constituye un asunto propio de los regímenes de admisión, permanencia o promoción, sino que concierne al régimen de correlatividades previstas en el Plan de Estudios de la carrera de médico -en tanto se prevé que para cursar la “Práctica Final Obligatoria” deben haberse aprobado los exámenes finales de todas las materias-, la materia discutida no se encuentra entre las que, de manera excepcional, habilitan para que una unidad académica de una universidad someta el diferendo que mantiene con otro órgano integrante de la misma persona pública estatal -el Consejo Superior de la misma universidad- a la decisión judicial (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional) (Disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt y E. Raúl Zaffaroni).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 656/668 vta., la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (Sala II) hizo lugar a la excepción de falta de legitimación procesal activa planteada por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP) y, en consecuencia, rechazó la petición de la Facultad de Ciencias Médicas de esa casa de estudios, dirigida a impugnar la disposición 300/12 del Consejo Superior de la UNLP. En ella se había dejado sin efecto la resolución 602/10 de dicha unidad académica, mediante la cual se establecía un régimen de implementación progresiva de las exigencias del Ministerio de Educación y de la Comisión Nacional de Evaluación

y Acreditación Universitaria del Ministerio de Educación de la Nación (CONEAU), relativas a las condiciones de ingreso a la Práctica Final Obligatoria (PFO) de la carrera de Medicina.

Para así resolver, el a quo sostuvo que la situación planteada difería de aquella del precedente de Fallos: 331:2257, en el que se había reconocido legitimación a esa Facultad para impugnar las decisiones del máximo órgano universitario en función de la habilitación conferida por el art. 50 de la Ley de Educación Superior 24.521 para regular el régimen de admisión de los estudiantes, cuestión que allí se encontraba en juego. En el presente caso, afirmó que, por el contrario, se estaba frente a un cambio en el plan de estudios, supuesto ajeno a los previstos en la citada norma como atribuciones asignadas a las unidades académicas en ella contempladas.

-II-

Contra tal pronunciamiento, la actora dedujo el recurso extraordinario de fs. 673/695 vta., concedido a fs. 784 en razón de la cuestión federal involucrada.

En lo principal, se agravia porque la disposición impugnada impide la plena aplicación de la resolución 602/10 y, con ello, se pone en riesgo la acreditación de la carrera y la vigencia de los títulos que allí se otorgan. En defensa de sus facultades para dictar dicho acto, sostiene que lo allí dispuesto no implica reforma alguna al plan de estudios. Para fundar su posición, invoca lo expresado por la Dirección Nacional de Gestión Universitaria que, en respuesta a una consulta por ella formulada, afirmó que la resolución 602/10 no representaba cambio en ese aspecto. Reafirma, así, la validez de ese reglamento que -según sostiene- fue dictado en ejercicio de las facultades reconocidas por el art. 50 de la Ley de Educación Superior y con el objeto de cumplir con lo dispuesto en la resolución 1314/07 del Ministerio de Educación en punto a la exigencia de aprobación de todas las asignaturas con carácter previo al inicio de la PFO.

-III-

En cuanto a la admisibilidad formal, opino que corresponde habilitar la vía del art. 14 de la ley 48, toda vez que en autos se discute la validez de un acto emanado de una autoridad nacional (disposición 300/12 dictada por el Consejo Superior de la UNLP) con fundamento en la interpretación y aplicación de normas federales (Ley de Educación Superior 24.521 y Estatuto Universitario de la UNLP) y actos de igual

carácter (res. 602/10 del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Médicas, res. 1314/07 del Ministerio de Educación y res. 892/10 de la CONEAU). Ello, en la medida en que la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a las pretensiones que el recurrente funda en ellas (Fallos: 314:1234; 323:620). En tales condiciones, el tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes o de la Cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre los puntos controvertidos según la interpretación que rectamente les otorgue (Fallos: 325:300, entre otros).

Luego, entiendo que cabe asimilar a definitiva la sentencia apelada toda vez que, al hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa, sella definitivamente la cuestión sin posibilidad de que pueda ser planteada en lo sucesivo, causando así un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior (conf. Fallos: 310:2117; 330:3836).

-IV-

Ello sentado, es preciso advertir que, dada la fundamentación sobre la que se basó el pronunciamiento apelado, lo que aquí corresponde examinar se encuentra circunscripto, únicamente, a la legitimación activa de la actora pues, de carecer de aquélla, se estaría ante la inexistencia de un “caso”, “causa” o “controversia” en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional, lo que tornaría imposible la intervención del poder judicial (Fallos: 323: 1432; 326:1007).

Así las cosas, corresponde traer a colación aquí lo ya expresado en el citado precedente de Fallos: 331:2257 (“Facultad de Ciencias Médicas UNLP c/ UNLP”) en el que se advirtió que desde antaño la Corte ha sostenido que los diferendos entre entidades dependientes de un superior jerárquico común están excluidos, en principio, de la decisión judicial y que, si bien tal doctrina es de especial pertinencia para las distintas reparticiones de un mismo departamento gubernamental, en razón de la común gestión de los asuntos propios de su competencia institucional, es también factible en caso de una jefatura única de las entidades afectadas (Fallos: 301:117; 325:2888, entre otros).

Tal como se advirtió en el precedente invocado, estas enseñanzas expresadas por la Corte Suprema en una controversia suscitada entre órganos de una misma jurisdicción (Administración Central) también resultan aplicables a aquellas generadas entre órganos de una persona pública estatal que no pertenece a la Administración Central, como es la planteada en el *sub lite* entre la Facultad de Ciencias Médicas y el Consejo Superior de la Universidad Nacional de La Plata. Tal conflicto,

pues, no resultaría apto, en principio, para constituir un caso o controversia que habilite a requerir su solución en sede judicial, toda vez que no se contraponen los fines o intereses de dos personas distintas sino, en todo caso, los de dos órganos de una misma persona que no se encuentra habilitada para litigar contra ella misma (Fallos: 54:550). Ello, máxime cuando la demandante no es una persona jurídica con capacidad para estar en juicio, sino que se trata de un órgano integrante de la propia persona contra la cual entabla la demanda y se vincula al Consejo Superior mediante una relación de dependencia jerárquica propia de la desconcentración administrativa.

Ello no obstante, entiendo que en el presente caso se configura un supuesto en el que el principio general que impide a la recurrente acudir a la justicia para impugnar la decisión del máximo órgano universitario, debe ceder. Ello es así, toda vez que -tal como se ha afirmado en el referido precedente de Fallos: 331:2257- la citada unidad académica constituye un centro de imputación de determinadas competencias que le fueron atribuidas para el adecuado cumplimiento de sus fines así, se le ha reconocido en forma expresa la de establecer su régimen de admisión, permanencia y promoción (v. art. 50 de la ley 24.521 y art. 80, inc. 19, del Estatuto universitario del año 2008), en ejercicio de las cuales fue dictada la resolución 300/10.

A mi entender, en efecto, al fijar los requisitos exigidos para el acceso a la PFO, el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Médicas de la UNLP no hizo más que regular lo relativo al régimen de promoción de los alumnos en cuanto a la determinación de las materias correlativas a dicha práctica. Queda desechada así la existencia de un cambio en el plan de estudios, al no representar aquella afectación alguna en la carga horaria total, los contenidos mínimos de las asignaturas, en las incumbencias, ni en el título otorgado, por lo que coincide con lo expresado en ese mismo sentido por la Dirección Nacional de Gestión Universitaria del Ministerio de Educación de la Nación en respuesta a una consulta efectuada por la propia facultad (fs. 50).

En consecuencia, si la ley de Educación Superior le asignó al órgano facultad una competencia específica en aquellas universidades nacionales que cuenten con más de cincuenta mil alumnos, parece razonable sostener que también le confirió los medios procesales para defenderla en caso de considerar que ha sido avasallada y que, aun cuando esta situación se produzca por la actuación de un órgano superior de aquella universidad, pueda acceder a la vía judicial a fin de que se resuelva ese conflicto (Fallos: 331:2257).

En atención a lo hasta aquí expresado, estimo, pues, que debe reconocerse en el presente legitimación a la actora en defensa de aquellas facultades reconocidas por la Ley de Educación Superior, con lo que doy por contestada la vista, dado el objeto al que se circunscribe el planteo recursivo.

-V-

Por lo hasta aquí expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Buenos Aires, 19 de agosto de 2014.
Laura M. Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de noviembre de 2014.

Vistos los autos: “Facultad de Ciencias Médicas de la UNLP c/ UNLP s/ recurso administrativo directo”.

Considerando:

1º) Que el decano de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de La Plata, de conformidad con lo previsto en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, promovió una acción declarativa de certeza con el fin de que se deje sin efecto la disposición 300/2012 del Consejo Superior de dicha universidad y se declare la vigencia de la resolución 602/2010 dictada por el Consejo Directivo de la facultad.

2º) Que mediante la resolución citada en último término, el Consejo Directivo de la facultad procuró eliminar el sistema imperante hasta ese entonces, según el cual los estudiantes de la carrera de medicina podían acceder al curso denominado “Práctica Final Obligatoria” (PFO) sin necesidad de haber aprobado previamente el examen final obligatorio de todas las materias teóricas, ya que para realizar dicha práctica —si bien debían acreditar haber cursado las materias— podían adeudar una determinada cantidad de exámenes finales.

Para ello, el Consejo Directivo anticipó que mantendría tal sistema durante el año 2011; previó que en el 2012 podían cursar el PFO los alumnos que adeudaran el examen final de solamente las cinco materias correspondientes al último año de la carrera; y determinó que, finalmente, en el año 2013 no se admitirían en el PFO alumnos que adeudaran exámenes finales.

El Consejo Superior de la Universidad Nacional de La Plata, ante el pedido de un consejero estudiantil, dictó la disposición 300/2012, por medio de la cual declaró que la aludida resolución de la facultad no podía aplicarse a los alumnos que hubieran ingresado antes de su pretendida vigencia y, por otra parte, que tal resolución no había seguido el procedimiento previsto en la ordenanza 282/2010, según la cual las modificaciones de los planes de estudios, si bien eran aprobados por el Consejo Directivo de cada facultad, debían ser elevados posteriormente al Consejo Superior de la universidad para su tratamiento y no podían entrar en vigencia hasta que este consejo se pronunciara, lo que no había ocurrido en el caso.

3º) Que el juez de primera instancia dispuso acumular los procesos que habían iniciado numerosos estudiantes con el fin de que se declarara la nulidad de la resolución 602/2010 de la Facultad, y en los que, además, habían obtenido medidas cautelares que les permitían inscribirse en el PFO en las mismas condiciones que regían antes de su dictado, esto es, adeudando la aprobación de exámenes finales. Finalmente, declaró su incompetencia y envió la causa a la cámara tras considerar que la impugnación de la disposición 300/2012 debía tramitarse como un recurso directo presentado en los términos del art. 32 de la ley 24.521.

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata asumió la competencia y posteriormente, al hacer lugar a una excepción opuesta por la universidad, declaró que la facultad carecía de legitimación para realizar el planteo que motivó este pleito y, en consecuencia, rechazó la demanda, declaró vigente “en todos sus términos” a la disposición 300/2012, admitió la pretensión formulada por los alumnos en las causas acumuladas y, pese a ello, mantuvo las medidas cautelares obtenidas por éstos.

Contra este pronunciamiento, el Decano interpuso el recurso extraordinario federal que fue concedido a fs. 784.

4°) Que existe en autos cuestión federal toda vez que se discute la inteligencia que cabe asignar al art. 50 de la ley 24.521 y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a la pretensión que el apelante sustentó en dicha norma (art. 14, inc. 3°, de la ley 48). Asimismo, cabe recordar que en el tratamiento de cuestiones de índole federal, esta Corte no se encuentra limitada por las argumentaciones de las partes ni los fundamentos dados por el tribunal, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 308:647; 312:2254; 323:1406 y 325:860, entre otros).

5°) Que el art. 50, segundo párrafo, de la ley 24.521 establece que en “las universidades con más de cincuenta mil (50.000) estudiantes, el régimen de admisión, permanencia y promoción de los estudiantes será definido a nivel de cada facultad o unidad académica equivalente”. En el presente caso no se discute que la Universidad Nacional de La Plata supera el número de estudiantes mencionado, razón por la cual su Facultad de Ciencias Médicas tiene competencia para definir por sí los regímenes de “admisión, permanencia y promoción”, y, como se sostuvo en el precedente de Fallos: 331:2257, tiene también legitimación para defender en juicio la validez de los actos que dicte en ejercicio de dicha competencia.

6°) Que la cuestión abordada por la facultad en la resolución 602/2010 no constituye un asunto propio de los regímenes de admisión, permanencia o promoción, sino que concierne al régimen de correlatividades en tanto en aquélla se prevé que para acceder al PFO deben haberse aprobado los exámenes finales de todas las materias. Aunque lo expresado conduciría a negarle legitimación a la facultad en los términos del precedente de Fallos: 331:2257, en el caso existen razones excepcionales que justifican extender la doctrina desarrollada en dicha sentencia, toda vez que las autoridades de la universidad demandada han omitido adaptar los planes de estudio de la Facultad de Ciencias Médicas a los contenidos curriculares básicos aprobados por el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología mediante la resolución 1314/2007.

7°) Que la resolución 1314/2007 mencionada fue dictada por el ministerio en cumplimiento de lo previsto en el art. 43 de la ley 24.521, que establece: “Cuando se trate de títulos correspondientes a profesiones reguladas por el Estado, cuyo ejercicio pudiera comprometer el interés público poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes, se

requerirá que se respeten (...) los siguientes requisitos: a) Los planes de estudio deberán tener en cuenta los contenidos curriculares básicos y los criterios sobre intensidad de la formación práctica que establezca el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades. b) Las carreras respectivas deberán ser acreditadas periódicamente por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria o por entidades privadas constituidas con ese fin debidamente reconocidas”. Finalmente, el artículo prevé que el “Ministerio de Cultura y Educación determinará con criterio restrictivo, en acuerdo con el Consejo de Universidades, la nómina de tales títulos, así como las actividades profesionales reservadas exclusivamente para ellos”.

En la aludida resolución, se dispuso —en lo que al caso interesa— que la carrera de medicina debe concluir con un período de mil seiscientas horas, como mínimo, de práctica obligatoria final programada, supervisada y evaluada, que debe iniciarse una vez que los alumnos hayan aprobado todas las asignaturas o módulos básico-clínicos (art. 2°, anexo III y punto II.9 del anexo IV). Señaló que tal previsión debía ser aplicada con un criterio de flexibilidad y gradualidad, y que correspondía revisar periódicamente su implementación (art. 4°).

Posteriormente y de acuerdo con las atribuciones fijadas en el art. 43, inciso b, de la ley 24.521, la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (Coneau), dictó la resolución 897/2010, por la que acreditó la carrera de medicina de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de La Plata por un período de tres años, y determinó entre los objetivos a cumplir para el mejoramiento de la calidad académica de la carrera, que los alumnos que ingresen a la PFO a partir del ciclo lectivo de 2013 no adeuden ninguna asignatura, y que los que ingresen a partir de 2012 solo adeuden los exámenes finales de las cinco materias correspondientes al último año.

Finalmente, el Ministerio de Educación otorgó reconocimiento oficial, con la consiguiente validez nacional también por tres años, al título de médico que expide la Universidad Nacional de La Plata correspondiente a la carrera de medicina cursada en su Facultad de Ciencias Médicas, advirtiendo que tal reconocimiento y validez caducarán si vencido dicho término la carrera indicada no obtuviese la acreditación en la siguiente convocatoria que realice la Coneau (ver resolución 1643/2011).

8°) Que de tales resoluciones —en particular, a partir de la 897/2010 de la Coneau— se desprende inequívocamente que las autoridades de la Universidad Nacional de La Plata debieron dictar los actos necesarios para poner fin, de una manera gradual y con límite en el año 2013, a la posibilidad que tenían los estudiantes de cursar la PFO sin necesidad de tener aprobados los exámenes finales de todas las materias. En su lugar, el Consejo Superior de la universidad emitió la disposición 300/2012, por la que consideró inválida a la resolución 602/2010 de la facultad al afectar —según su criterio— los derechos adquiridos de los alumnos que hubieran ingresado antes, y transgredir el procedimiento interno de la universidad fijado en la ordenanza 282/2010.

El obrar de las autoridades de la universidad es susceptible, en el caso, de colocar a la carrera de medicina de la Facultad de Ciencias Médicas en la grave situación prevista en el art. 76 de la ley 24.521, según el cual, cuando “una carrera que requiera acreditación no la obtuviere, por no reunir los requisitos y estándares mínimos previamente establecidos, la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria podrá recomendar que se suspenda la inscripción de nuevos alumnos en la misma, hasta que se subsanen las deficiencias encontradas, debiéndose resguardar los derechos de los alumnos ya inscriptos que se encontraren cursando dicha carrera”.

El riesgo antes mencionado pone en evidencia el interés concreto de la facultad para presentarse ante los tribunales con el fin de defender la continuidad de la carrera respecto de cuyos regímenes de admisión, permanencia y promoción tiene potestad exclusiva (art. 50, segundo párrafo, de la ley 24.521), y asegurar, además, el mantenimiento del reconocimiento oficial y la validez nacional de los títulos que expide conjuntamente con la universidad (art. 82, inc. 6°, del Estatuto de la Universidad Nacional de La Plata).

9°) Que lo expresado en los considerandos anteriores conduce también a admitir la pretensión formulada por la facultad y a declarar, en consecuencia, la nulidad de la resolución 300/2012 del Consejo Superior de la universidad. En efecto, este acto no solamente vulnera las previsiones contenidas en las decisiones ministeriales y de la Coneau referentes a la necesidad de modificar gradualmente el régimen del PFO dentro del límite temporal que se había fijado, sino que, por otra parte, incurre en el error de sostener que no procede exigir retroactivamente a los alumnos ingresados con anterioridad el requisito de te-

ner aprobados los exámenes finales de todas las materias para poder cursar el PFO. Esto último es así, toda vez que los alumnos no tienen un derecho adquirido al mantenimiento de una determinada relación entre la cantidad de materias aprobadas y la realización de la práctica médica (PFO), más aún cuando, como ocurre en la especie, el cambio de tal relación se sustenta en la necesidad de mejorar la calidad académica de quienes obtengan el título de médico y fue adoptada por el ministerio en cumplimiento de lo previsto en el art. 43 de la ley 24.521, vale decir, teniendo presente que se trata de una profesión cuyo ejercicio puede comprometer el interés público con riesgo directo para la salud de los habitantes.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Costas por su orden dada la complejidad de las cuestiones planteadas (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Se desestiman las solicitudes realizadas para intervenir en los términos de la acordada 7/2013. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT
Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:1º) Que el decano de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de La Plata, de conformidad con lo previsto en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, promovió una acción declarativa de certeza con el fin de que se deje sin efecto la disposición 300/2012 del Consejo Superior de dicha universidad, se decrete su nulidad o, en su defecto, se declare la inaplicabilidad de sus términos con relación a la resolución 602/2010 dictada por el Consejo Directivo de la facultad que representa.

2°) Que mediante la resolución citada en último término el Consejo Directivo de la facultad dispuso, para los estudiantes de la carrera de medicina, un cambio en las condiciones de admisión en la “Práctica Final Obligatoria” (PFO) previstas en el Plan de Estudio vigente aprobado por el Consejo Superior de la Universidad. A esos efectos estableció una adecuación progresiva, en cuya virtud los alumnos que ingresaran a dicho curso en el ciclo lectivo 2011 no sufrirían modificaciones; los que ingresaran en 2012 podrían cursar la PFO adeudando solamente los exámenes finales de las cinco materias correspondientes al quinto año de la carrera; y, finalmente, determinó que a partir del año 2013 no se admitirían en la PFO alumnos que adeudaran examen final alguno de las asignaturas que integran la carrera de medicina.

El Consejo Superior de la Universidad Nacional de La Plata, ante el pedido de una consejera estudiantil, dictó la disposición 300/2012, por medio de la cual declaró que la aludida resolución de la facultad no tenía carácter retroactivo y que, por tanto, no podía afectar a los alumnos que hubieran ingresado con anterioridad a su dictado.

Por otra parte, en el mismo acto recordó la vigencia de la ordenanza 282/2010 y señaló que, en su virtud, cualquier cambio que modifique correlatividades de asignaturas debe ser aprobado por el Consejo Directivo de cada facultad y elevado posteriormente al Consejo Superior de la universidad para su tratamiento, no pudiendo entrar en vigencia hasta su efectiva aprobación. En relación a este punto, en el dictamen conjunto de las Comisiones de Enseñanza y Postgrado y de Interpretación y Reglamento -cuya aprobación por el Consejo Superior universitario se instrumentó mediante la disposición aquí relatada- se aconsejó recordar la vigencia y términos de dicha ordenanza en el entendimiento de que “de tal forma se evitará la reiteración de situaciones como las expuestas en estas actuaciones”.

3°) Que el juez de primera instancia dispuso acumular los procesos que habían iniciado numerosos estudiantes con el fin de que se declare la nulidad de la resolución 602/2010 de la Facultad, y en los que, además, habían obtenido medidas cautelares que les permitían inscribirse en la PFO en las mismas condiciones que regían antes de su dictado. Finalmente, declaró su incompetencia y envió la causa a la cámara tras considerar que la impugnación de la disposición 300/2012 del Consejo Superior de la UNLP debía tramitarse como un recurso directo en los términos del art. 32 de la ley 24.521 (fs. 121/124).

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata asumió la competencia (fs. 130) y, posteriormente, al hacer lugar a la excepción opuesta por la universidad, declaró que la facultad carecía de legitimación para realizar el planteo que motivó este pleito y, en consecuencia, rechazó la demanda, declaró vigente “en todos sus términos” a la disposición 300/2012 de la UNLP, admitió la pretensión formulada por los alumnos en las causas acumuladas y, pese a ello, mantuvo las medidas cautelares obtenidas por éstos (fs. 636/668).

Contra este pronunciamiento, el Decano interpuso el recurso extraordinario federal que fue concedido a fs. 784.

4°) Que existe en autos cuestión federal toda vez que se discute la inteligencia que cabe asignar al art. 50 de la ley 24.521 y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a la pretensión que el apelante sustentó en dicha norma (art. 14, inc. 3°, de la ley 48). Asimismo, cabe recordar que, en el tratamiento de cuestiones de índole federal, esta Corte no se encuentra limitada por las argumentaciones de las partes ni los fundamentos dados por el tribunal, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 308:647; 312:2254; 323:1406 y 325:860, entre otros).

5°) Que el art. 50, segundo párrafo, de la ley 24.521 establece que en “las universidades con más de cincuenta mil (50.000) estudiantes, el régimen de admisión, permanencia y promoción de los estudiantes será definido a nivel de cada facultad o unidad académica equivalente”. En el presente caso no se discute que la Universidad Nacional de La Plata supera el número de estudiantes mencionado, razón por la cual su Facultad de Ciencias Médicas tiene competencia para definir por sí los regímenes de “admisión, permanencia y promoción”, y, como se sostuvo en el precedente de Fallos: 331:2257, tiene también legitimación para defender en juicio la validez de los actos que dicte en ejercicio de dicha competencia.

6°) Que la cuestión abordada por la facultad en la resolución 602/2010 no constituye un asunto propio de los regímenes de admisión, permanencia o promoción, sino que concierne al régimen de correlatividades previstas en el Plan de Estudio de la carrera de médico, en tanto en aquélla se prevé que para cursar la PFO deben haberse aprobado los exámenes finales de todas las materias, lo que conduce a negarle legitimación a la facultad en los términos del precedente de Fallos: 331:2257.

Por lo expuesto, y más allá de la respuesta que haya tenido el imperativo dirigido a la Universidad Nacional de La Plata para que desarrolle las acciones necesarias a fin de concretar las recomendaciones efectuadas por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria en relación con el reconocimiento oficial del título de médico que expide dicha institución (conf. resoluciones 943/2005 y 897/2010 de la Coneau y 1643/2011 del Ministerio de Educación), la materia discutida en el sub lite no se encuentra entre las que, de manera excepcional, habilitan para que una unidad académica de una universidad -en el caso, la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de La Plata- someta el diferendo que mantiene con otro órgano integrante de la misma persona pública estatal -en el caso, el Consejo Superior de la misma universidad- a la decisión judicial (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios. Costas por su orden dada la complejidad de las cuestiones planteadas (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Se desestiman las solicitudes realizadas para intervenir en los términos de la acordada 7/2013. Notifíquese y oportunamente devuélvase.

CARLOS S. FAYT — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de La Plata**, actora en autos, representada por el **Decano de la Facultad de Ciencias Médicas Jorge Guillermo Martínez**, con el patrocinio letrado de los Dres. **Eduardo Oteiza, Felipe Campoamor y Francisco Verbic**.

Traslado contestado por la **Universidad Nacional de La Plata**, demandada en autos, representada por el Dr. **Julio César Mazzotta**.

Traslado contestado por **Ana Paula Pieretti**, representada por el Dr. **Marcelo Alejandro David**.

Traslado contestado por **Ana Paula Succi y otros**, todos por derecho propio, con el patrocinio letrado del Dr. **Marcelo Alejandro David**.

Traslado contestado por **Mauro Caramelli**, por derecho propio, con el patrocinio letrado del Dr. **Rubén Lelio Caramelli**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II**.

GOMEZ, ORLANDO MARIO c/ ESTADO NACIONAL
- MINISTERIO DE JUSTICIA - POLICIA FEDERAL
ARGENTINA s/ PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEG

RESCISION DE CONTRATO

Corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda promovida por el actor -que contaba con un beneficio jubilatorio suspendido- contra el Estado Nacional -Policía Federal Argentina- a fin de obtener una indemnización en los términos del art. 16 del decreto 6581/58, con motivo de la rescisión del contrato que los vinculó durante casi catorce años si la ratio decidendi de los precedentes “Ramos” y “Maurette” es de ineludible aplicación al caso, toda vez que el actor no puede ser privado del derecho a una indemnización justa frente a la ausencia de una respuesta normativa singularizada a la cuestión que reglamente una reparación ante una ruptura incausada e intempestiva del contrato.

RESCISION DE CONTRATO

La circunstancia de que el actor contara con un beneficio jubilatorio al momento de la rescisión de su contrato torna improcedente la indemnización prevista en el art. 16 del Estatuto del Personal Civil de la Policía Federal ya que las disposiciones son claras en el sentido de que sólo tendrá derecho a indemnización el personal que fuese separado de su cargo por causas distintas a las mencionadas en el art. 14 y, al incluir dicho artículo el supuesto de jubilación, es evidente entonces que la obtención del beneficio previsional implica el cese de funciones sin derecho a indemnización alguna (Disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco). -De su disidencia en el precedente “Lore” -CSJ 454/2011 (47-L), de la misma fecha, al que remitió-.

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

A mi modo de ver, las cuestiones que se debaten en el *sub lite*: son sustancialmente análogas a las examinadas y resueltas en el dictamen emitido por este Ministerio Público en el día de la fecha, *in re L.*

454, L. XLVII, “Lore, Miguel Angel c/ EN -M° de Justicia -PFA- Dto. 6581/58 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, a cuyos términos y conclusiones cabe remitirse, por razones de brevedad, en lo que fuere pertinente.

Opino, por tanto, que corresponde declarar la admisibilidad formal del recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 12 de junio de 2012. - *Laura M. Monti*.

Suprema Corte:

-I-

A fs. 210/214 la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda promovida por el actor contra el Estado Nacional -Policía Federal Argentina- a fin de obtener una indemnización, en los términos del art. 16 del decreto-ley 6581/58, por haber rescindido el contrato que los vinculó durante quince años.

Para así decidir, el tribunal consideró que resulta aplicable al caso el Estatuto del Personal Civil de la Policía Federal en cuanto prevé que el personal que reingresa a la institución y es separado de su función por algún motivo no previsto por el art. 14 del decreto-ley 6581/58 resulta acreedor de una indemnización acorde a su antigüedad (arts. 16 y 58). Asimismo señaló que, a partir del reingreso del agente a la fuerza, la jubilación ordinaria que había obtenido en septiembre de 1992, fue suspendida como consecuencia de la incompatibilidad que dispone el decreto 894/01.

-II-

Disconforme con este pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 217/232, que fue concedido en cuanto a la cuestión federal y denegado por la causal de arbitrariedad (v. fs. 246).

En lo sustancial, aduce que la sentencia resuelve de modo dogmático las cuestiones planteadas, pues otorga una indemnización a un empleado contratado por la Superintendencia de Bienestar al que no le resulta aplicable el decreto-ley 6581/58, que rige al personal civil de la Policía Federal. Añade que el actor debe sujetarse a las cláusulas de

los contratos suscriptos, en las cuales no se estableció indemnización alguna para el supuesto de rescisión.

Por otra parte, señala que la decisión adoptada por la Administración es legítima y cumple los requisitos esenciales del acto administrativo previstos por el art. 7° de la ley 19.549. En este sentido, expresa que la rescisión fue dispuesta en el marco de la decisión administrativa 535/07 de la Jefatura de Gabinete de Ministros y que la incorporación del actor a la planta permanente de la institución se tornó imposible en virtud de que cuenta con un beneficio jubilatorio (art. 40 del decreto 6581/58).

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que se halla en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria a las pretensiones que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 1°, de la ley 48). Por lo demás, cabe recordar que, en la tarea de establecer la inteligencia de normas de la índole mencionada, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 326:2880).

-IV-

En cuanto al fondo del asunto, cabe precisar que, mediante la decisión administrativa 535/07 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, se modificó la planta de personal de la Policía Federal Argentina con la finalidad de incorporar a los agentes contratados a la planta permanente en las correspondientes categorías escalafonarias del Estatuto del Personal Civil de la fuerza. Ante la imposibilidad de efectuar las pertinentes designaciones de carácter permanente en ciertos casos, se dictó la resolución 4996/07 de la Superintendencia de Bienestar, que dispuso la rescisión de los contratos que vinculan a agentes que gozan de un beneficio previsional y que han optado por continuar prestando servicios en dicho organismo, en los términos del decreto 894/01.

En esta situación se encontraría el actor, toda vez que fue contratado por la Superintendencia de Bienestar desde septiembre de 1992 hasta diciembre de 2007, fecha en la que se le notificó la rescisión del contrato (v. resoluciones 4996/07 y 386/08 de la Superintendencia de

Bienestar, cuyas copias obran a fs. 15/20 y 152/155, respectivamente). Los sucesivos contratos celebrados entre las partes previeron que el actor acepta en todos sus alcances la aplicación por analogía de las disposiciones legales, reglamentarias, jurisdicción y régimen disciplinario que rige al personal auxiliar de seguridad y defensa de la Policía Federal, a las cuales quedó sometido durante la vigencia del contrato, así como a las disposiciones que se adopten con relación a las tareas a desarrollar (v. cláusula tercera de los contratos obrantes en el expediente administrativo).

De lo expuesto se desprende que las partes incorporaron expresamente a la relación contractual el régimen del decreto-ley 6581/58, circunstancia que habilita a considerar procedente el pago de la indemnización reclamada sobre la base de lo dispuesto por el art. 16 de ese ordenamiento. Por lo demás, la cláusula cuarta que se insertó en los diversos acuerdos suscriptos -referida a la posibilidad de rescindir el contrato- no impide el otorgamiento de una reparación, pues se limita a determinar que la institución puede prescindir de los servicios del actor en cualquier momento si éstos no resultaran satisfactorios, convenientes o necesarios.

Habida cuenta de ello, entiendo que, si bien el decreto-ley 6581/58 sólo rige al personal civil de la Policía Federal que ha ingresado al escalafón cumpliendo los requisitos y de conformidad con los medios de selección previstos para acceder a la carrera administrativa, procede conceder la indemnización reclamada en virtud de lo dispuesto por el art. 16, aplicable al caso por analogía, según los propios términos de los contratos a los cuales las partes se sometieron durante la relación.

-V-

Opino, por tanto, que corresponde declarar la admisibilidad formal del recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada, en los términos antes expresados. Buenos Aires, 12 de junio de 2012. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de noviembre de 2014.

Vistos los autos: “Gómez, Orlando Mario c/ Estado Nacional – Ministerio de Justicia – Policía Federal Argentina s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.”.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar la sentencia del juez de grado, hizo lugar a la demanda promovida por el actor contra el Estado Nacional –Policía Federal Argentina– a fin de obtener una indemnización, en los términos del art. 16 del decreto 6581/58, con motivo de la rescisión del contrato que los vinculó durante casi catorce años (fs. 205/209 vta.).

2º) Que, para decidir así, el tribunal hizo lugar a la demanda interpuesta por el actor por considerar al caso sustancialmente análogo al precedente “Ramos” (Fallos: 333:311). Ello, en tanto consideró que las circunstancias de ambas causas resultan ser semejantes en lo que respecta a la contratación del actor mediante la suscripción de sucesivos instrumentos durante un período de tiempo prolongado; a la asignación de tareas sin carácter excepcional o transitorio y a la realización de aportes jubilatorios.

No obstante, advirtió que “si bien en estos actuados no se verifica la existencia de una norma –aplicable al supuesto de autos– que establezca un límite temporal a la posibilidad de renovación de los contratos –tal como acontecía en el caso resuelto por el Alto Tribunal–, lo cierto es que dicha limitación normativa no fue el único fundamento de la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sino que, además de aquella, se tuvo especialmente en cuenta los extremos de hecho allí verificados, que –cabe reiterar– son similares a los de estos autos” (fs. 209).

En tales condiciones, entendió que “son aplicables –a este caso– las consideraciones vertidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente individualizado en el sentido de que la parte

demandada recurrió a la figura contractual con una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado y que el comportamiento del Estado Nacional tuvo aptitud para generar en el actor una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el ‘despido arbitrario’” (fs. 209).

Finalmente, al momento de determinar la norma a regir el cálculo a favor del actor sostuvo que no es la misma que la utilizada en el precedente invocado; “ya que en este caso sí existe una norma específica que es el art. 16 del decreto-ley n° 6581/58 (se reitera que, en cumplimiento de las sucesivas contrataciones, el actor se desempeñó como ordenanza – escalafón “F”, según el art. 5 del decreto-ley n° 6581/58), que establece la indemnización a la que tiene derecho el personal –según su antigüedad– que es separado de su cargo por causas distintas a las individualizadas en el art. 14 del citado decreto-ley, tal como el supuesto de autos” (fs. 209).

3°) Que contra este pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario federal a fs. 217/229 vta., que fue concedido en cuanto a la cuestión federal y denegado por la causal de arbitrariedad (fs. 242/242 vta.).

En lo sustancial, sostiene la inaplicabilidad de la normativa en cuestión habida cuenta de que el actor no revestía carácter de personal civil, sino que tenía calidad de empleado contratado de la Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina. Asimismo, señala que, en razón de haber solicitado y obtenido los beneficios del régimen de jubilación voluntaria, el actor carecía de la estabilidad del empleado público y, por lo tanto, la indemnización pretendida en el marco del decreto citado no resultaba procedente. La recurrente concluye que el fallo del a quo supone una injerencia en cuestiones exclusivas y discrecionales del poder administrativo. Por último, considera inaplicable para esta causa el precedente de Fallos: 333:311 en el que el tribunal sustentó su decisión.

4°) Que los agravios de la demandada suscitan cuestión federal pues ponen en tela de juicio la interpretación y alcance que cabe asignar a disposiciones de esa naturaleza y la decisión apelada resulta contraria al derecho que la recurrente sustenta en aquéllas (art. 14,

inc. 3º, de la ley 48). Asimismo, cabe recordar que, en la tarea de esclarecer la inteligencia de normas federales, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de la cámara ni de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto en debate (Fallos: 308:647; 314:1834; 318:1269, entre otros).

5º) Que a los efectos de lograr una cabal comprensión de la cuestión, resulta conveniente realizar una breve reseña de la normativa involucrada en el caso. En este orden de ideas, se impone señalar que el art. 14 del decreto-ley 6581/58 establece que el personal civil de la Policía Federal cesa en sus funciones: a) por renuncia; b) por incapacidad física derivada de enfermedad incurable; c) por incapacidad física para el servicio; d) por jubilación; e) por cesantía o exoneración; f) por fallecimiento; g) por renuncia o pérdida de ciudadanía el personal argentino por nacionalización. **En cuanto al art. 16 del citado decreto, allí se dispone que el personal que fuera separado de su cargo por otras causas que las determinadas en el art. 14, tendrá derecho a una indemnización, que allí se establece según los años de antigüedad.**

6º) Que en cuanto al fondo del asunto, cabe precisar que mediante la decisión administrativa 535/07 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, se modificó la planta de personal de la Policía Federal Argentina con la finalidad de incorporar a los agentes contratados a la planta permanente en las correspondientes categorías escalafonarias del Estatuto del Personal Civil de la fuerza. Ante la imposibilidad de efectuar las pertinentes designaciones de carácter permanente en ciertos casos, se dictó la resolución 4996/07 de la Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina, que dispuso la rescisión de los contratos que vinculaban a agentes que gozan del beneficio previsional y que habían optado por continuar prestando servicios en dicho organismo, en los términos del decreto 894/01.

7º) Que los cuestionamientos formulados por el recurrente en orden a la calificación del nexo jurídico litigioso resultan insustanciales, toda vez que los fundamentos de la Sala se adecuan, en sustancia, a los expuestos por esta Corte en “Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. de Defensa – A.R.A.)” (Fallos: 333:311) y “Maurette, Mauricio c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía – Subsecretaría de Normalización Patrimonial s/ despido”, sentencia del 7 de febrero de 2012.

8°) Que, en efecto el actor fue contratado por la Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina desde julio de 1994 hasta diciembre de 2007, fecha en la que se le notificó la rescisión del contrato (v. resoluciones 4996/07 y 291/08 de la Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina, cuyas copias obran a fs. 13/18 y 58/61, respectivamente) y se desempeñó cumpliendo tareas de ordenanza.

Por lo demás, la cláusula cuarta que se insertó en los diversos acuerdos –referida a la posibilidad de rescindir el contrato– no impide el otorgamiento de una reparación, pues se limita a determinar que la institución puede prescindir de los servicios del actor en cualquier momento si éstos no resultaran satisfactorios, convenientes o necesarios.

9°) Que, de tal modo, se reitera que la ratio decidendi de “Ramos” y “Maurette” es de ineludible aplicación al caso, toda vez que el actor no puede ser privado del derecho a una indemnización justa frente a la ausencia de una respuesta normativa singularizada a la cuestión que reglamente una reparación ante una ruptura incausada e intempestiva del contrato.

Por ello, es menester recurrir a los principios de leyes análogas, toda vez que la regla de interpretación prevista en el art. 16 del Código Civil excede los límites del ámbito del derecho privado, los trasciende y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno (“Husen, Mirta Silvia c/ Estado Nacional – M° de Cultura y Educación de la Nación”, Fallos: 325:662). Al respecto, el examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias por pérdida de empleo y que guardan mayor analogía con la situación discutida en autos, conduce a encontrar una solución razonable y equitativa en el régimen indemnizatorio previsto en el art. 16 del decreto-ley 6581/58, sin perjuicio de que a priori esta indemnización se encuentra prevista exclusivamente para el personal civil de la Policía Federal que ha ingresado al escalafón cumpliendo los requisitos y de conformidad con los medios de selección previstos para acceder a la carrera administrativa.

10) Que, a mayor abundamiento, cabe remarcar que el art. 21 de la ley 25.164 establece que el personal que goza de jubilación o retiro no tiene derecho a la estabilidad, de modo que su designación puede ser cancelada en cualquier momento por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, lo que resulta plenamente compatible con la cláusula

contractual que admite la rescisión antes transcrita. No obstante, la norma legal citada determina una consecuencia que es concordante con lo pretendido por la actora ya que se establece que en el supuesto de cancelación de la designación, “el agente tendrá derecho al pago de una indemnización que calculará de conformidad con lo normado por el artículo 11 de la presente ley, computándose a los fines del cálculo de la antigüedad, el último período trabajado en la administración”.

En ese orden de ideas, si bien el agente no poseía estabilidad y efectivamente existían impedimentos jurídicos para adquirirla, ello no es óbice para el otorgamiento de una indemnización, máxime cuando de la ley 21.965 y del decreto 1866/83 no surge una prohibición para su percepción.

11) Que, por lo demás, la aplicación al caso de los recordados parámetros indemnizatorios del art. 16 del decreto-ley 6581/58 no agrava la situación del apelante puesto que, de ser seguidas las pautas de los antedichos precedentes (“Ramos” y “Maurette”), se alcanzaría un importe mayor al condenado, en la medida en que deberían aplicarse los párrafos tercero y quinto del art. 11 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, aprobada por la ley 25.164.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal ante esta Corte, se declara admisible el recurso extraordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)— CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I.
HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que los agravios del recurrente remiten al examen de cuestiones sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas por esta Corte en la causa CSJ 454/2011 (47-I) “Lore, Miguel Ángel c/ Esta-

do Nacional – Ministerio de Justicia – Policía Federal Argentina s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seguridad”, fallada en la fecha, a cuyas consideraciones, en lo pertinente, corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar al recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (art. 16 ley 48). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional –Policía Federal Argentina, demandado en autos**, representado por el **Dr. Sebastián Ezequiel Heredia**.

Traslado contestado por **Orlando Mario Gómez, actor en autos**, representado por los **Dres. Osvaldo Claudio Muñños y Alberto César Muñños**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 5, Secretaria n° 9**.

SECRETARIA DE PROGRAMACION PARA LA PREVENCIÓN DE
LA DROGADICCIÓN Y LUCHA CONTRA EL NARCOTRAFICO
(SE.DRO.NAR) c/ MISIONES, PROVINCIA DE S/ COBRO DE
PESOS

PROVINCIAS

Corresponde hacer lugar a la defensa opuesta por la Provincia de Misiones y rechazar la demanda del Estado Nacional (Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico, SE.DRO.NAR) tendiente a obtener el reintegro de una suma de dinero que le otorgó en concepto de subvención si la misma fue solicitada, convenida, cobrada y finalmente rendida solamente por el Secretario de Estado de la Provincia de Misiones, sin que en momento alguno se le requiriese acreditación de las disposiciones legales o administrativas en virtud de las cuales se hallaba facultado para recibir fondos públicos en nombre de la provincia y mucho menos para obligarla a cumplir con el cargo que condicionaba el otorgamiento de la subvención.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

I

Esta Procuración General, al dictaminar a fs. 89, señaló que el Estado Nacional (Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la lucha contra el Narcotráfico - SEDRONAR) promovió demanda contra la Provincia de Misiones: a fin de obtener el reintegro de una suma de dinero que le otorgó en concepto de subsidio -destinado a equipar y habilitar una sala de desintoxicación en el Hospital Balaña y a poner en funcionamiento una sala de musicoterapia y un taller de refrigeración dependiente del Centro de Recuperación "Manantial"-, ante el incumplimiento por ésta de las obligaciones que asumió en el convenio celebrado el 16 de junio de 1993 (v. fs. 18/20).

En atención a la naturaleza de las partes, se sostuvo que su sustanciación correspondía a la competencia originaria del Tribunal *ratio personae*, criterio que fue compartido por la Corte. (fs. 90).

II

A fs. 148/157, el Fiscal de Estado en representación de la Provincia de Misiones, al contestar la demanda, planteó la nulidad del convenio y solicitó que oportunamente V.E. así lo decida y que, en consecuencia, lo declare sin validez ni eficacia jurídica, toda vez que fue suscripto por un funcionario (Secretario de Estado de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico) que carecía de competencia para obligarla. Tales atribuciones, explicó, se hallan en cabeza del titular del Poder Ejecutivo -según lo dispone el art. 116 de la Constitución provincial-, razón por la cual, era indispensable la aprobación o ratificación por un decreto del Gobernador, refrendado por el ministro con competencia en la materia.

Planteó subsidiariamente -para el caso de que fuese rechazada la defensa esgrimida- que la deuda se encontraría comprendida dentro de los alcances de la Ley de Consolidación, a la que adhirió la Provincia por ley provincial n° 3726.

III

A mi modo de ver, lo aquí discutido reside en establecer si corresponde que al Estado Nacional (SE.DRO.NAR) le sea reintegrada de la

suma de dinero que otorgó en carácter de subsidio a la Provincia de Misiones y, para ello, se debe determinar la validez jurídica del convenio y su cumplimiento por aquélla, lo que depende exclusivamente del análisis y de la valoración de las circunstancias de hecho y prueba que rodean la cuestión, materia propia de los jueces de la causa.

IV

Opino, por lo tanto, que en el presente no existen cuestiones federales que requieran una opinión de esta Procuración General, circunstancia que me exime de dictaminar. Buenos Aires, 11 de junio de 2010.
Laura Mercedes Monti.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de noviembre de 2014.

Vistos los autos: “Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico (SE.DRO.NAR.) c/ Misiones, Provincia de s/ cobro de pesos”, de los que

Resulta:

D) A fs. 76/77 y ampliación de fs. 96/101 se presenta el Estado Nacional (Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico, SE.DRO.NAR.) y promueve demanda ante el Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial Federal n° 3 contra la Provincia de Misiones, a fin de obtener el reintegro de una suma de dinero que le otorgó en concepto de “apoyo económico” — destinado a equipar y habilitar una sala de desintoxicación de afectados por el consumo de alcohol y droga en el Hospital Balaña y a poner en funcionamiento una sala de musicoterapia y un taller de refrigeración dependiente del Centro de Recuperación “Manantial”—, ante el incumplimiento de las obligaciones que asumió el Estado local en el convenio que se celebró el 16 de junio de 1993.

Explica que por el acuerdo antes mencionado, ratificado por la resolución 076 del 21 de junio de 1993, se convino que la provincia recibiría el apoyo referido de \$ 47.000, los que serían utilizados con el

fin y en el término allí previsto, y se obligaba además a rendir cuenta documentada de la inversión.

Reseña los antecedentes del expediente administrativo 224/93 y recuerda que, el 2 de noviembre de 1994, el Comité de Ayuda Institucional —conforme a las atribuciones conferidas por resolución 120/92— auditó y aprobó la inversión de los fondos que realizó el Estado provincial; opinión que fue compartida por el entonces Subsecretario de Prevención y Asistencia nacional. En esa misma fecha, el Secretario de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico dio su aprobación final.

El 12 de noviembre de 2003, continúa, el doctor Carlos Zabala, en el carácter de instructor sumariante, y el contador Maximiliano Novas, de la Comisión Multidisciplinaria de SE.DRO.NAR., firmaron un acta en el “Centro Manantial” de Posadas y dejaron constancia de que el Jefe del Departamento de Asistencia de Adicción de la provincia les informó que si bien los elementos necesarios para el proyecto se adquirieron, la Sala de Musicoterapia y el Taller de Refrigeración no se pusieron en funcionamiento y que la Sala de Desintoxicación que debía funcionar en el Hospital Balaño no se terminó, por lo que no se habilitó. Indicó además que nunca recibió la visita de funcionarios de SE.DRO.NAR. y que desconocía el destino de los elementos adquiridos para el referido Centro.

Señala que la Comisión Multidisciplinaria llegó a la conclusión de que no se había cumplido con los objetivos que se habían tenido en cuenta cuando se efectuó el pago en cuestión y que el instructor sumariante le remitió copia del citado expediente a la Directora de Asuntos Jurídicos de donde surgiría la posible comisión de un delito de acción pública y el eventual incumplimiento por parte de la beneficiaria del convenio.

Reitera que el Estado provincial no cumplió con lo pactado por lo que solicita el reintegro de las sumas aportadas más sus intereses. Reprocha además la conducta de los funcionarios nacionales que intervinieron en su asignación y control, y afirma que el contrato fue rescindido el 24 de noviembre de 2003.

Solicita que se dicte una medida cautelar. Plantea, por último, la nulidad del acto administrativo de aprobación final por el Secretario de Estado nacional de la rendición de cuentas efectuada por la demandada por falta de causa.

Ofrece prueba y pide que se haga lugar a la demanda, con costas.

II) A fs. 81 el juez federal, de acuerdo con los fundamentos del Fiscal (fs. 79), declara su incompetencia.

A fs. 89 dictamina el señor Procurador Fiscal subrogante y, sobre la base de esa opinión, a fs. 90 este Tribunal declara su competencia originaria para entender en la presente causa. A fs. 102 se rechaza la cautelar solicitada.

III) A fs. 148/157 se presenta la Provincia de Misiones y contesta la demanda. Niega los hechos allí expuestos y solicita su rechazo.

Plantea, en primer término, la nulidad del convenio y solicita que el Tribunal declare su invalidez e ineficacia jurídica, toda vez que no fue suscripto por un representante de la provincia sino por un funcionario —Secretario de Estado de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico— que carecía de competencia para obligarla.

Explica que tales atribuciones corresponden al titular del Poder Ejecutivo —según lo dispone el artículo 116 de la Constitución provincial—, razón por la cual, era indispensable la aprobación o ratificación por un decreto del Gobernador, refrendado por el ministro con competencia en la materia. Añade que un ministro o secretario no tienen “competencia” para obligar a la Provincia de Misiones, por lo que falta un elemento esencial para que el acto tenga validez y eficacia.

Más adelante niega la rendición parcial de cuentas que se invoca en la demanda y alega que no puede interpretarse como un acto de “confirmación”, “convalidación” o “aprobación” del convenio ni invocarse la teoría de los actos propios. Cita doctrina y jurisprudencia del Tribunal en apoyo de su postura.

Plantea en subsidio, la aplicación de la ley nacional 25.344 a la que adhirió la provincia por ley local 3726, y pide que en el supuesto que se haga lugar a la demanda se declare consolidada la deuda de autos. Ofrece prueba y solicita que se rechace la demanda con costas.

IV) A fs. 289 dictamina la señora Procuradora Fiscal en virtud de la vista que se le corrió a fs. 288.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que la cuestión de fondo consiste en dilucidar si el convenio suscripto el 16 de junio de 1993 y ratificado por resolución 076 SE.DRO.NAR. del 21 de junio se incumplió, por lo que debe reintegrarse al Estado Nacional (SE.DRO.NAR.) la suma de dinero que otorgó a la Provincia de Misiones, o si por el contrario, ésta última no está obligada a hacerlo con fundamento en que el acuerdo es nulo, en tanto fue suscripto por un funcionario que, según se arguye, no tenía facultades para hacerlo, y no fue aprobado o ratificado por un decreto del Gobernador ni refrendado por el ministro con competencia en la materia.

3º) Que debe hacerse lugar a la defensa opuesta por la provincia demandada, en cuanto denuncia que el convenio que pretende ejecutar la actora no fue celebrado por ninguna de las autoridades locales que cuentan con atribuciones constitucionales o legales para hacerlo.

Las constancias del expediente muestran que la subvención otorgada por la SE.DRO.NAR fue solicitada (fs. 4), convenida (fs. 18/20), cobrada (fs. 23) y finalmente rendida (fs. 26) solamente por el Secretario de Estado de la Provincia de Misiones, sin que en momento alguno se le requiriese acreditación de las disposiciones legales o administrativas en virtud de las cuales se hallaba facultado para recibir fondos públicos en nombre de la provincia y mucho menos para obligarla a cumplir con el cargo que condicionaba el otorgamiento de la subvención. Más aún, del expediente administrativo que la actora acompañó a la demanda como prueba documental no surge la intervención de ninguna otra autoridad o funcionario provincial en la gestión y percepción del subsidio, sea para ratificar el convenio, controlar su legalidad o para ejecutar las obligaciones que se derivan de dicho instrumento.

Las omisiones que se acaban de mencionar revelan cuanto menos falta de diligencia por parte de las autoridades nacionales que intervinieron en el procedimiento, circunstancia que, por otra parte, ha sido expresamente reconocida por la actora años después, no solo en la presente demanda (fs. 98), sino también en el expediente administrativo (fs. 67 y 72/73) y en la denuncia penal que efectivizó ante la posible

comisión de delitos contra la administración pública (fs. 185 y ss.) en los que se señala el comportamiento desplegado no sólo por el secretario provincial, sino también por los funcionarios nacionales.

En este contexto cobran una relevancia decisiva dos planteos de la parte demandada. Primero, la alegación de que el derecho público local habilita solamente al gobernador para celebrar convenios como el que pretende ejecutarse en la presente causa (artículo 116 de la Constitución provincial), argumento que la actora ni siquiera ha intentado rebatir. En segundo lugar, y de manera complementaria, la negativa opuesta al contestar la demanda de que los fondos entregados al mismo funcionario provincial que había gestionado el subsidio hayan ingresado al erario local.

Los señalamientos precedentes dejan sin sustento las posibles invocaciones del principio de buena fe como fundamento para exigir a la provincia la devolución de las sumas entregadas. Ello, por cuanto, como ya se ha puesto de resalto, la provincia no ha reconocido como propio el comportamiento desplegado por el funcionario que carecía de atribuciones para representarla y menos ha admitido que los fondos entregados por la actora hayan sido percibidos por ella.

4°) Que en este sentido ha dicho el Tribunal que “la validez y eficacia de los contratos administrativos se supeditan al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación”. Sobre esta base, se hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la provincia demandada a la que se reclamaba el pago de servicios prestados que no fueron contratados por las autoridades competentes mediante los procedimientos legales (Fallos: 327:84). En la misma línea, esta Corte privó de todo efecto a un contrato de concesión cerrado por un funcionario que carecía de la competencia para ello puesto que el acto requería la intervención de otra autoridad (Fallos: 326:3700, 3707).

Por el contrario, la doctrina sentada en los precedentes de Fallos: 317:146 y 317:1598 resulta inaplicable, pues no tiene conexión suficiente con las circunstancias del presente caso. En efecto, en dichos pronunciamientos fueron analizados los efectos que cabía acordar a notificaciones o intimaciones dirigidas a autoridades que forman parte de la administración central para tener por interrumpida la prescripción o por válidamente encaminada la demanda.

Corresponde, en función de lo expuesto, hacer lugar a la defensa opuesta por la Provincia de Misiones de que el convenio obrante a fs. 18/20 no genera obligación alguna a su respecto.

Por ello, se decide rechazar la demanda. Con costas en el orden causado (artículo 1°, decreto 1204/01). Notifíquese y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)— CARLOS S. FAYT (*en disidencia*)— JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I.
HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS
S. FAYT

Considerando:

Que los infrascriptos coinciden con los fundamentos del voto de la mayoría hasta el considerando 2° inclusive.

3º) Que es doctrina de esta Corte que “no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe”. La buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento que consiste en la necesidad de observar en un futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever. Dicha regla gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la ejecución de los contratos, según lo disponen, respectivamente, los artículos 1071 y 1198 del Código Civil, y es aplicable por igual al campo del derecho privado y del derecho administrativo (Fallos: 321:2530 y 325:2935).

Por tal razón es que resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro contratante (Fallos: 315:158, 890 y 325:2935 ya citado).

4º) Que en tales condiciones mal podría sostener la Provincia de Misiones que no recibió la suma de \$ 47.000 en concepto de “apoyo económico” y que no adeuda monto alguno (fs. 148 vta./149), cuando la Secretaría de Estado de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico local, dependía del gobernador –decreto 978/92-, e integraba la administración provincial central (v. arg. Fallos: 317:146, 1598 y fs. 236, 241, 250, 258 vta., 260).

Por lo demás, corrobora lo expuesto la resolución 076/93 en la que SE.DRO.NAR. ratifica el convenio que suscribió con la Provincia de Misiones y aclara en sus considerandos que el compromiso de apoyo económico lo asumió con dicho Estado provincial (fs. 21/22); el membrete y sello oficial que figura en las notas de fs. 4, 26 y 48; la liquidación a favor de la Provincia que obra a fs. 23, en la que consta que el 1º de septiembre de 1993, el ex Secretario de Estado provincial, retiró de la Tesorería Nacional el monto antes referido; así como la nota de fs. 48 en la que el mismo funcionario remitió la rendición de cuentas al Estado Nacional y puso de resalto que las facturas originales de los gastos realizados habían sido “fiscalizadas por el Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Misiones” (v. fs. 26/47); por lo que la conducta seguida por el Estado provincial en este proceso denota un cambio con relación a los derechos reconocidos a la actora, lesivo de la seguridad jurídica (Fallos: 262:87, considerando 12).

5º) Que en suma, los antecedentes reseñados precedentemente demuestran que corresponde desestimar el agravio de la demandada para que se declare la nulidad del referido convenio que suscribió con la actora (fs. 149/150 vta.), ya que carece de la debida fundamentación por estar desprovisto de un sustento fáctico y jurídico cierto y efectivo.

Una solución opuesta importaría restar trascendencia a conductas que son jurídicamente relevantes y plenamente eficaces (Fallos: 323:3035, considerando 15 y sus citas, entre otros).

En este marco, corresponde examinar si la demandada cumplió o no con el convenio de 1993.

6º) Que es dable recordar que por el citado acuerdo se estableció que la provincia procedería al equipamiento y habilitación de una Sala de Desintoxicación de afectados por el consumo de alcohol y otras drogas, que con una capacidad de doce camas funcionaría en

las instalaciones del Hospital Balaña, que a sus efectos contaría también con consultorios externos y sala de guardia. Asimismo, equiparía y pondría en funcionamiento una Sala de Musicoterapia y un Taller de Refrigeración bajo la dependencia del Centro de Recuperación “Manantial” de su jurisdicción y que “todo ello era conforme a la propuesta, presupuesto y detalles que surgen de la documentación que acompaña la solicitud del subsidio” (cláusula primera).

A tal efecto, SE.DRO.NAR., en cumplimiento de las directivas contenidas en el decreto 649/91, y en atención a las razones de necesidad y emergencia que prevía el inciso d del artículo 2º del decreto 824/89, complementado por la resolución 25 del Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos, le otorgó a la provincia un apoyo económico de \$ 47.000 que lo utilizaría para solventar los gastos que demande “la puesta en marcha de los emprendimientos” antes mencionados (cláusulas segunda y tercera).

En la cláusula siguiente, se estipuló que la Secretaría Nacional asumiría el compromiso de brindar la asistencia técnica que la provincia requiriera, y efectuaría la supervisión de la totalidad de los asuntos técnicos y económicos – financieros inherentes al Convenio. Asimismo se acordó que la utilización de la suma antes referida debería ser “efectivamente realizada” en el término de ciento cincuenta días contados desde el momento en que los fondos sean recibidos por la provincia y que ésta última se comprometía a rendir cuenta documentada de la inversión dentro del plazo máximo de sesenta días de finalizadas las tareas, debiéndose entregar a la referida Secretaría la totalidad de los comprobantes que respalden el gasto, bajo apercibimiento de aplicar en caso de incumplimiento las previsiones contenidas en la normativa legal contable vigente. Se aclaró además que una vez terminada la inversión de las sumas entregadas, el posible sobrante debería ser reintegrado a la Secretaría, en el plazo máximo de treinta días contados desde aquel momento (cláusulas quinta y sexta).

7º) Que de las constancias del expediente administrativo 224/93 cuya copia obra a fs. 1/75, surge que el 1º de septiembre de 1993, el Secretario de Estado provincial, doctor Cleto Rauber, retiró de la Tesorería Nacional la suma convenida (fs. 23/24). Se desprende además que si bien la Secretaría provincial “rindió cuentas” de los fondos recibidos (fs. 26/48), que el Comité de Ayuda Institucional (resolución 120/92) informó que comprobó y auditó las aplicaciones de fondos efectuados por

la provincia y “el estricto cumplimiento de los objetivos que se tuvieron en cuenta en el momento de su otorgamiento”, lo que fue también avalado por el Subsecretario de Prevención y Asistencia Nacional, Licenciado Cabrera y por el propio Secretario de Estado Nacional, doctor Lestelle, quien dio “por cumplido el convenio” (fs. 56 y 57); lo cierto es que se ha acreditado en autos que el Estado provincial incumplió con las obligaciones asumidas en la cláusula primera del acuerdo, lo que motivó que la actora rescindiera el convenio oportunamente suscripto y formulara una denuncia penal por las irregularidades cometidas en el citado expediente, tal como se expone a continuación.

En efecto, de la inspección practicada al “Centro Manantial” el 12 de noviembre de 2003, por el instructor sumariante, doctor Carlos Zavala y por un integrante de la Comisión Multidisciplinaria (resolución SE.DRO.NAR. 269/00), el contador Maximiliano Novas, surge que el entonces Jefe de Departamento de Asistencia y Adicciones de la Provincia de Misiones, doctor Alberto Aleksandravicius, manifestó que “los elementos necesarios para el Proyecto se adquirieron en su momento, pero que tales Salas y Taller no se pusieron en funcionamiento, que de los elementos comprados, en la actualidad, sólo están en el Centro, una batería y un teclado”; que la Sala de Desintoxicación que debería haber funcionado en el Hospital Balaña con capacidad para doce camas “nunca fue terminada la estructura edilicia y por lo tanto no fue habilitada” y que los elementos comprados para esta Sala “estuvieron guardados en depósitos del Hospital y la Subsecretaría”. Aclaró además que tampoco recibió a funcionarios de SE.DRO.NAR. y que desconoce el destino de los elementos adquiridos para el referido “Centro Manantial” (v. fs. 58/58 vta., 172 y 179).

En este contexto, la citada Comisión hizo un informe de relevamiento que remitió al instructor sumariante, en el que puso de resalto que el área de Rendición de Cuentas no había tomado la intervención de su competencia, que la Sala de Desintoxicación del Hospital Balaña no fue habilitada, que la Sala de Musicoterapia y el Taller de Refrigeración en el “Centro Manantial” nunca fueron puestos en funcionamiento y que tampoco se había podido acreditar la existencia de la totalidad de los elementos adquiridos con fondos de SE.DRO.NAR.; por lo que no se habían alcanzado los objetivos tenidos en cuenta al momento del apoyo otorgado (v. fs. 59/61 y la declaración que obra a fs. 233/234, respuestas tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava).

8º) Que en esta inteligencia, el 15 de diciembre de 2003, SE.DRO. NAR. dictó la resolución 885 y en sus considerandos dijo que conforme a la inspección practicada por la Comisión Multidisciplinaria el convenio había sido incumplido, por lo que declaraba su rescisión y la caducidad de los beneficios recibidos en los términos del artículo 21 de la ley 19.549. Señaló además que debía darse intervención a la Justicia Penal a fin de que investigue la posible comisión de algún delito de acción pública, tanto por parte de los entonces funcionarios de la Secretaría de Estado de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico de la Provincia de Misiones, como también de la Secretaría de Estado Nacional “que de una u otra manera se involucraron en el otorgamiento, seguimiento y fiscalización del subsidio otorgado”. Por los artículos 1º y 3º dispuso dar vista de dichas actuaciones a la Secretaría de Estado provincial y formular la denuncia penal correspondiente (fs. 71/74).

9º) Que el 16 de abril de 2004, la actora hizo la referida denuncia ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 2, Secretaría nº 3, y se inició el expediente 5476/2004 cuya copia se acompaña a fs. 182/264. Es menester añadir que el Fiscal Federal al formular el requerimiento de instrucción sostuvo, en lo que aquí interesa, que en el expediente 224/1993 habían surgido una serie de irregularidades que llevarían a sospechar la comisión de posibles delitos de acción pública por parte de funcionarios de la Provincia de Misiones, en la medida en que se habría dado un uso indebido a los fondos recibidos de la Nación, por la suma de \$ 47.000 y que, en primer término, “se vislumbraba el incumplimiento del convenio firmado el 16 de junio de 1993”.

Por otro lado, indicó que se observaban fallas, errores u omisiones provocadas por el SE.DRO.NAR., ante la ausencia de un debido control sobre los fondos entregados, al no haber realizado las correspondientes comprobaciones respecto del destino de aquéllos (fs. 202/203).

10) Que igualmente significativas son otras declaraciones obrantes en la causa penal referida que reiteran lo ya dicho. A fs. 229, el Director del Hospital “Pedro Luis Baliña” expresó que hace doce años que trabaja en dicho lugar y que no tenía conocimiento de la existencia de una Sala de Desintoxicación. A fs. 260, la Subsecretaria de Prevención de Adicciones y Control de Drogas del Ministerio de Salud Pública provincial, expuso que por referencias de los empleados supo que “se

empezó a montar la sala de desintoxicación” en el Hospital Baliña, que luego se desmanteló y que desde hacía nueve años funcionaba en ese lugar la Planta de Elaboración de Medicamentos de la provincia (respuesta tercera).

A fs. 233/234, el doctor Alberto Aleksandravicius reiteró lo dicho en el año 2003. A fs. 231 se comprobó que en el depósito del referido Centro se habían guardado diversos instrumentos musicales que estaban fuera de uso (un teclado Yamaha, tres panderetas, cuatro maracas, un platillo y pie de batería, un bombo y nueve elementos de percusión).

Todo ello demuestra que al no haberse efectuado el equipamiento de una Sala de Musicoterapia y de un Taller de Equipos de Refrigeración y de Electrodomésticos en el “Centro Manantial”, dependiente de la provincia y sede de la Dirección de Estrategias Asistenciales, ni concluido tampoco con la Sala de Desintoxicación del Hospital Baliña, no se dio cumplimiento a la finalidad de la resolución 076 del 21 de junio de 1993, por lo que corresponde que la demandada, en virtud de no haberle asignado el destino que debía tener el apoyo económico, reintegre las sumas percibidas hasta \$ 47.000.

11) Que la actora incluye en su pretensión el reclamo de intereses, el que debe prosperar pues la Provincia de Misiones se encuentra en mora desde que venció el plazo de ciento cincuenta días previsto en la cláusula quinta del convenio, el que comenzó a correr a partir del 1º de septiembre de 1993, oportunidad en que los fondos fueron recibidos por la provincia (fs. 19 y 23).

Por consiguiente, dichos accesorios deben ser computados desde 29 de enero de 1994 hasta el efectivo pago a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina (conf. causa S.457.XXXIV “Serenar S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, pronunciamiento del 19 de agosto de 2004 e I.114.XXXVII “Instituto Provincial de Seguros de Salta c/ Neuquén, Provincia del s/ rendición de cuentas”, sentencia del 26 de octubre de 2010, entre otros).

12) Que, por último, en relación al planteo del Estado provincial en el sentido de que la deuda que se reclama en el sub lite estaría alcanzada por el régimen de consolidación de la deuda pública provincial (ley local 3726) no puede ser atendido. Ello es así toda vez que esta

Corte ha establecido reiteradamente que el pago de esa deuda en el orden nacional no puede afrontarse con bonos de la deuda pública de los estados provinciales, pues las leyes 23.982 y 25.344 no los reconocen como medio de pago para ese fin (confr. Fallos: 325:3532; 329:3884 y arg. causas C.689.XXII “Chacofi S.A.C.I.F.I. c/ Dirección de Vialidad de la Provincia de Corrientes s/ ejecución”, pronunciamiento del 17 de diciembre de 1996; M.252.XXIII “Mandatario de Negocios S.A. c/ Chaco, Provincia del s/ ejecutivo”, sentencia del 19 de mayo de 1997 y L.338. XXI “La Plata Remolques S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ repetición”, pronunciamiento del 24 de febrero de 1998, entre otros).

Por ello, se decide: Hacer lugar a la demanda seguida por el Estado Nacional (SE.DRO.NAR.) contra la Provincia de Misiones por incumplimiento del convenio firmado el 16 de junio de 1993, condenándola a pagar, dentro del plazo de treinta días, la suma de \$ 47.000, más sus intereses, los que deberán ser calculados de acuerdo a las pautas fijadas en el considerando 11. Con costas por su orden (artículo 1º del decreto 1204/01 y causa A.255.XXXIII “Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa”, sentencia del 22 de marzo de 2011). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT.

Nombre del actor: **Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico (SE.DRO.NAR.)**.

Nombre del demandado: **Provincia de Misiones**.

Profesionales: **Dres. Carlos Zabala Di Tomaso; Fidel E. Duarte; Martín R. González Hereter; Ángela P. Souza Alexandre; Mónica R. Nabarré y Daniel A. Guiliano.**

DICIEMBRE**KERSICH, JUAN GABRIEL Y OTROS c/ AGUAS
BONAERENSES SA Y OTROS s/ AMPARO***DERECHO AL AGUA POTABLE*

Cabe dejar sin efecto la decisión mediante la cual se aceptó la adhesión de un grupo de personas en condición de nuevos actores en el amparo inicialmente promovido, sin perjuicio de mantener la medida cautelar por hallarse en juego el derecho humano al agua potable con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se dicte un nuevo fallo con carácter de urgente, pues los jueces provinciales no pudieron integrar, de manera intempestiva y sorpresiva, a un número exorbitante de coactores -2641- al amparo colectivo ambiental, sino que debieron arbitrar los medios procesales necesarios que, garantizando la defensa en juicio del demandado, permitieran que las decisiones adoptadas en el marco del proceso alcancen a la totalidad del colectivo involucrado, sin necesidad de que sus integrantes deban presentarse individualmente en la causa, medida que claramente desvirtúa la esencia misma de este tipo de acciones.

DERECHO AL AGUA POTABLE

El acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y en el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia.

DERECHO AL AGUA POTABLE

Cabe dejar sin efecto la decisión mediante la cual se aceptó la adhesión de un grupo de personas en condición de nuevos actores en el amparo inicialmente promovido, sin perjuicio de mantener la medida cautelar por hallarse en juego el derecho humano al agua potable con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se dicte un nuevo fallo con carácter de urgente, pues el examen de los recaudos de admisibilidad de

la instancia recursiva local, se llevó a cabo con un injustificado rigor formal que concluyó con la arbitraria cancelación de la vía revisora de que se trata, omitiendo resolver el tratamiento de una cuestión federal oportunamente articulada, con la consecuente frustración de los derechos comprometidos en dicho planteo tal como el derecho humano al agua.

DERECHO AL AGUA POTABLE

Cabe dejar sin efecto la decisión mediante la cual se aceptó la adhesión de un grupo de personas en condición de nuevos actores en el amparo inicialmente promovido, sin perjuicio de mantener la medida cautelar por hallarse en juego el derecho humano al agua potable con base en los principios de prevención y precautorio, pues los jueces de la causa no aplicaron las reglas del proceso colectivo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, cuyas características principales y modalidades fueron enunciadas en el caso “Halabi” {Fallos: 332:111}, deficiencia que se patentiza cuando el juez de primera instancia, pese a calificar al proceso como amparo colectivo, recurrió a reglas procesales incompatibles con ese tipo de acción, soslayando las consecuencias negativas que tal temperamento ocasionaría en el normal trámite de la causa, máxime cuando la provincia dispone de normativa específica en la materia.

DERECHO AL AGUA POTABLE

Corresponde calificar en los términos de la causa “Halabi” (publicada en Fallos: 332:111) a la acción promovida como un proceso colectivo, pues procura la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable, el objeto de la pretensión -por su carácter- resulta insusceptible de apropiación individual y la pretensión incoada persigue que la provisión domiciliaria en red de ese bien se realice con características y contenidos que cumplan con los estándares normativos vigentes.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien las cuestiones relacionadas con la admisibilidad de los recursos locales -por su carácter fáctico y procesal- son ajenas a esta instancia de excepción, tal circunstancia no resulta óbice decisivo para la procedencia del recurso extraordinario cuando lo resuelto frustra la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea suficiente, defecto que se

traduce en una violación de la garantía del debido proceso tutelado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 212/214 del expediente Q-71837 (al que me remitiré en adelante salvo que se mencionen otras actuaciones), la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en lo que aquí interesa, desestimó la queja deducida contra la decisión de la alzada confirmando el pronunciamiento que acogió la adhesión de 2.641 nuevos actores al amparo planteado por Juan Gabriel Kersich y otros -para que se suministre agua potable, de conformidad con los niveles de arsénico, cloruros, fluoruros y sólidos dispuestos en el Código Alimentario Argentino-, y que hizo lugar a la medida cautelar solicitada para que Aguas Bonaerenses S.A. suministre a los adherentes -vecinos de la localidad de 9 de Julio-, en sus respectivos domicilios, bidones de agua potable, no inferior a los 200 litros mensuales por persona. Fundó su decisión en la falta de carácter definitivo de la resolución de la cámara.

-II-

Disconforme con este último pronunciamiento, Aguas Bonaerenses S.A. interpuso el recurso extraordinario de fs. 218/239 que, denegado por el *a quo* (fs. 245/246), trae la queja a conocimiento del Tribunal.

Se agravia porque la sentencia del tribunal superior confirmó la decisión, en el marco de un amparo, de aceptar la adhesión voluntaria de 2.641 actores, lo cual -según entiende- afecta la garantía del debido proceso y su derecho de defensa, al imponerle la carga de acompañar, en el plazo de 10 días, un informe circunstanciado sobre cada una de las presentaciones.

Además sostiene que ello desconoce la función representativa del juicio colectivo y desnaturaliza el carácter sumarísimo que tiene la acción de amparo entablada.

Afirma que el fallo es definitivo, porque le ocasiona un daño irreparable al imposibilitarle discutir nuevamente lo relativo a la intervención voluntaria de los sujetos adheridos en este proceso.

En otro orden, aduce que en la resolución que admitió la cautelar no se indicó el domicilio real de los nuevos actores, lo cual dificulta su cumplimiento.

Sostiene que se omitió tomar en cuenta el acuerdo que celebró, por acta del 30 de mayo de 2011, con los demandantes Kersich y Crespo, los Ministros de Salud y de Infraestructura de la provincia y el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, por la cual se comprometió a ejecutar una serie de obras tendientes a mejorar los parámetros de calidad de agua potable distribuida por red en la localidad de 9 de Julio y “para los casos de las personas que reciban agua de pozos comprobadamente por encima de los valores establecidos en valores vigentes” a entregar bidones sellados en puntos estratégicos de la ciudad.

En tal sentido, considera que las resoluciones impugnadas resultan incongruentes porque no es lo mismo distribuir bidones de agua potable en distintos puntos estratégicos de la localidad donde los vecinos podrían ir a retirarlos en cualquier momento, que distribuirlos en cada uno de los domicilios de los nuevos actores, como se dispuso al dictar la cautelar.

Por último, se agravia porque entiende que requerir la intervención de todas las personas que deseen beneficiarse con la medida cautelar vulnera manifiestamente los principios del art. 43 de la Constitución Nacional y lo dispuesto en el art. 33 de la ley 25.675 (Ley Nacional del Ambiente).

-III-

En mi opinión, el recurso extraordinario resulta inadmisibile, pues no se dirige contra una sentencia definitiva ni asimilable a tal, en los términos exigidos por la jurisprudencia de V.E. para habilitar la vía del art. 14 de la ley 48.

Así lo pienso porque el superior tribunal de la provincia desestimó la queja planteada ante sus estrados por entender que en la causa no obraba sentencia definitiva para que pudiera pronunciarse sobre el recurso extraordinario local deducido por la demandada. En efecto, dijo que *“en el caso, la decisión de la alzada que confirmó el pronunciamiento que hizo lugar a la presentación adhesiva de los nuevos amparistas y que extendió la medida cautelar a éstos, no reviste el carácter (definitivo) indicado”* (conf. fs. 212/214, especialmente fs. 213 vta.).

Es menester destacar, asimismo, que los agravios de la apelante

sólo traducen su desacuerdo con el criterio interpretativo adoptado por el tribunal superior sobre normas de derecho procesal local, sin que exista, en consecuencia, gravedad institucional que justifique prescindir del requisito de sentencia definitiva previsto en el art. 14 de la ley 48.

Por lo demás, debe recordarse que los agravios que se vinculan con las facultades de las autoridades provinciales, el alcance de su jurisdicción y la forma en que ejercen su ministerio, materia que se encuentra reglada por la Constitución y las leyes locales, escapan a la instancia del recurso extraordinario federal, en virtud del respeto debido a las atribuciones de las provincia de darse sus propias instituciones y regirse por ellas (Fallos: 303:827 y sus remisiones; 311:100 y 1855; 330:4211, entre muchos otros), sin que, en el *sub lite*, corresponda apartarse de este principio, toda vez que el superior tribunal de la causa expuso razones que atañen a la interpretación de normas de rito locales que, al margen de su acierto o error, acuerdan sustento bastante a su decisión y lo ponen a resguardo de la tacha de arbitrariedad invocada (Fallos: 303:862).

No resulta ocioso rememorar que el recurso extraordinario no tiene por objeto sustituir a los jueces de la causa en la decisión de cuestiones que le son privativas, ni corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputen de tales (Fallos: 312:1859 y 313:473, entre otros).

Por último, la sola mención que hace la apelante de la Ley Nacional del Ambiente y de las cláusulas constitucionales no es suficiente para habilitar la intervención de la Corte, pues tal planteo carece de fundamentación suficiente a los fines de su tratamiento en esta instancia extraordinaria, según los términos exigidos por el art. 15 de la ley 48 y la jurisprudencia de la Corte (Fallos: 324:2885; 325:1478, entre otros).

-IV-

Por ello, considero que debe desestimarse la presente queja. Buenos Aires, 22 de mayo de 2014. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 2 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Aguas Bonaerenses S.A. en la causa Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que un grupo de 25 vecinos, integrado también por menores, de la ciudad de 9 de Julio, Provincia de Buenos Aires, promovió acción de amparo contra Aguas Bonaerenses S.A. (ABSA), con el objeto de que dicha empresa: a) comience a realizar en el plazo de 180 días o en el que judicialmente se fije, los trabajos y tareas necesarios a fin de adecuar la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario, según los parámetros establecidos por la Organización Mundial de la Salud en coincidencia con la norma del artículo 982 del Código Alimentario Argentino; b) determine el plazo de efectiva adecuación de un proyecto específico con plazos concretos de realización, como también de su posterior implementación tanto por el Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires como por las áreas competentes que determine el Ministerio de Infraestructura local. La pretensión se fundó en que el agua provista por la empresa prestataria del servicio contiene niveles de arsénico superiores a los permitidos por la legislación vigente. Asimismo, dirigieron la reclamación contra la Provincia de Buenos Aires, en virtud de que es titular del dominio acuífero cuya preservación es responsabilidad de la empresa prestataria del servicio, y con fuente en la obligación del Estado local de conservar los recursos naturales según lo dispone la Constitución local (fs. 1/45 de los autos principales caratulados “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y ots. s/ amparo recurso de queja por denegación de rec. extr. (Inapl. de ley)”, registro Q-71837).

2º) Que el juez de primera instancia (fs. 46/56) requirió a la demandada que compareciera a estar a derecho y que presentara el informe circunstanciado acerca de los antecedentes e información pertinente sobre el objeto de la acción, típicamente contemplado para esta clase de procesos como acto procesal defensivo del emplazado (punto II).

Por otro lado y con el alcance fijado en las resoluciones de fs. 46/56 y 71/78, hizo lugar a la medida cautelar solicitada por los demandantes y, en consecuencia, ordenó a Aguas Bonaerenses S.A. que suministrara a cada uno de los actores, en su domicilio y a las entidades educativas y asistenciales involucradas en el presente reclamo, agua potable —en bidones— que se adecue a las disposiciones del referido artículo 982 del Código Alimentario Nacional, en la cantidad necesaria para satisfacer las necesidades básicas de consumo, higiene personal, y limpieza de manos y alimentos y cocción de éstos en una ración no menor a 200 litros por mes (punto III, primer párrafo, de fs. 55 vta./56; y puntos I y II de fs. 78/78 vta.). Además, dispuso la prohibición del consumo de agua de la red domiciliaria provista por la demandada en los referidos establecimientos educativos y asistenciales y, asimismo, ordenó a la agencia demandada la realización en forma mensual de análisis del agua que distribuye en por lo menos diez domicilios del partido de 9 de Julio, debiendo publicarse los correspondientes resultados en las boletas de pago del servicio (punto III de fs. 56).

En lo que al caso concierne, el magistrado aceptó con posterioridad la adhesión de dos mil seiscientos cuarenta y una (2641) personas en condición de nuevos actores en el presente proceso (fs. 93/143, punto I de fs. 125), respecto de quienes hizo extensiva la medida cautelar y ordenó a la demandada acompañar, con relación a todos y cada uno de ellos, el informe circunstanciado de rigor en el plazo de diez días, aclarando expresamente que este lapso podía ser ampliado a pedido de la demandada en consideración a la cantidad de presentaciones efectuadas (puntos II y III de fs. 125/125 vta.).

3°) Que —disconforme— la demandada interpuso recurso de apelación (fs. 144/151). En lo sustancial, sostuvo que lo resuelto vulneraba su derecho de defensa, en razón de las dificultades que debía sortear para informar circunstanciadamente en el plazo fijado sobre la calidad de agua que suministra a cada uno de los reclamantes. Afirmó que la presencia de un colectivo constituido por los vecinos que habían promovido inicialmente la acción debió ser considerada suficiente para reemplazar virtualmente la actuación de los demás interesados.

Expresó que había celebrado un acuerdo con dos de los primigenios actores (Kersich y Crespo, presidente y vicepresidente de la “Asociación Todos por el Agua”), el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, el Ministro de Salud y la Ministra de Infraestructura del

Estado local, que importó una solución extrajudicial del conflicto, en el que se estipuló la construcción de una obra de infraestructura para adecuar el contenido de arsénico, habiéndose ejecutado 1000 metros de cañerías de impulsión.

Sobre estas bases, arguyó que debía revocarse la medida cautelar original conforme con el referido convenio transaccional en curso de ejecución, solicitando la homologación judicial de dicho acuerdo extintivo. Adujo grave afectación al interés público en virtud del costo que demanda la medida cautelar, que en los hechos se tornó de imposible cumplimiento.

4°) Que la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata confirmó el pronunciamiento apelado (fs. 155/159).

Para hacerlo, por mayoría, sostuvo: a) que la demandada no desconocía el interés legítimo de los actores y adherentes con relación al objeto de la pretensión, que por su carácter resulta insusceptible de aprehensión individual; b) que los adherentes, en tanto “vecinos” de la localidad afectada de 9 de Julio, ostentaban un interés jurídico suficiente para considerarlos provisoriamente legitimados con el objeto de promover la presente acción de amparo; c) que la demandada no podía alegar [en función del número de usuarios involucrados] violación al derecho de defensa invocando la dificultad de responder el informe circunstanciado en el plazo de ley, toda vez que el juez aclaró expresamente que dicho término podía ser ampliado en caso de que la demandada lo requiriera.

Asimismo, señaló que la recurrente no negaba la existencia de elevados niveles de arsénico en el agua suministrada, conclusión que también surgía del contenido del acuerdo antes referido, por el cual la empresa había asumido el compromiso de realizar obras para mejorar la calidad del agua y entregarla a los afectados en bidones sellados. Sobre tales premisas, entendió que carecían de sustento las alegaciones de ABSA relativas a las dificultades de proveer agua potable a los nuevos beneficiados por la tutela provisoria.

Por último, expresó que debía acudirse al principio precautorio para ponderar que, a partir del suministro de agua debajo de los parámetros legales de calidad, se hallaban comprometidas las condiciones de salud de la población. En función de ello, sostuvo que se encontra-

ban reunidos los requisitos de verosimilitud del derecho y de peligro en la demora y que, por lo tanto, correspondía mantener la medida cautelar, sin perjuicio de la evaluación que debía realizar el juez de primera instancia, a los fines pertinentes, de los resultados que arrojen los permanentes estudios que deberán formularse conforme lo propone la parte demandada (conf. fs. 158 vta.).

5°) Que dicho pronunciamiento fue impugnado por la vencida mediante un recurso de inaplicabilidad de ley (fs. 160/177) que, declarado inadmisibile (fs. 179/180), dio lugar a un recurso de queja (fs. 182/201) que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires desestimó -dejando firme lo resuelto-, con sustento en que la resolución impugnada no revestía carácter definitivo a los fines del remedio procesal intentado (fs. 212/213).

6°) Que contra dicha decisión denegatoria ABSA interpuso el recurso extraordinario federal (fs. 218/239), cuya denegación (fs. 245/246) dio origen a la presentación directa en examen.

La apelante sostiene que la resolución atacada causa un gravamen que no puede ser reparado en una instancia procesal posterior, en cuanto ordena a la demandada transitar por el proceso con la “intervención innecesaria” de más de dos mil seiscientos cuarenta y un (2641) “nuevos actores”. Asevera que la incorporación de semejante cantidad de pretensores desborda las posibilidades del trámite y de una razonable posibilidad de respuesta de su parte. Ello, por cuanto “es imposible controlar en el breve plazo del amparo”, las condiciones de “admisibilidad y fundabilidad” (legitimación, interés, pruebas y demás circunstancias) “de la pretensión de miles de personas” que ingresan como actores en el proceso, “amén de las que pudieran intentar agregarse con posterioridad en el curso de esta causa. Esto viola absolutamente toda capacidad de respuesta de esta parte demandada”.

Destaca que la decisión recurrida, “desnaturaliza el funcionamiento del proceso colectivo, así como las características sumarísimas del juicio de amparo, provocando una grave violación al debido proceso, y al derecho de defensa de mi parte”. Señala que la presencia de un colectivo actuando en “virtual representación del resto de interesados” debió considerarse “suficiente” para reemplazar la actuación personal de éstos, máxime cuando se trata de un proceso sumarísimo de amparo colectivo en el que la intervención voluntaria de terceros se

encuentra por principio excluida. Refiere que esta Corte en “Halabi”, mediante resolución del 14/08/2007 (Fallos: 330:3579), decidió que en la acción de amparo era improcedente la pretensión formulada con apoyo en el artículo 90, inc. 2º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por estas razones, expresa que el pronunciamiento de la Suprema Corte Provincial es equiparable a sentencia definitiva, en los términos del artículo 14 de la ley 48, pues cierra la posibilidad de volver a discutir la intervención voluntaria de dos mil seiscientos cuarenta y un (2641) actores en el ámbito de un proceso sumarísimo de amparo colectivo, sin que hubiera revisión o control constitucional por el Superior Tribunal de la justicia local. Insiste con que “la intervención de tantos litigantes como vecinos de la localidad de 9 de Julio, que quieran adherir”, a la demanda y a la medida cautelar, “vulnera palmariamente el derecho de defensa en juicio y las normas de los artículos 43, 18 de la Constitución Nacional y el artículo 33 de la Ley 25.675 General del Ambiente”.

Concluye pidiendo revocar la decisión de admitir la intervención de 2641 terceros en calidad de actores del presente proceso, descalificar el ingreso de los mismos al trámite de la causa, sin perjuicio de la representación que a su respecto asumen los litigantes originarios de esta causa y de los efectos expansivos que este proceso colectivo puede llegar eventualmente a generar a su respecto (conf. artículo 43 Constitución Nacional, artículo 33 Ley General del Ambiente). Aduce que la Suprema Corte Provincial ha desconocido la función representativa del juicio colectivo, y ha desnaturalizado su funcionamiento, al permitir que se incorporen al mismo tantos litigantes como personas involucradas podrían llegar a encontrarse en la supuesta situación de base.

7º) Que si bien lo cuestionado por la demandada es una decisión procedimental, sus efectos la hacen equiparable a una sentencia definitiva, en la medida en que origina agravios de insuficiente o imposible reparación ulterior.

Por otra parte, los agravios de la apelante suscitan cuestión federal para su consideración en la vía intentada pues si bien las cuestiones relacionadas con la admisibilidad de los recursos locales —por su carácter fáctico y procesal— son ajenas a esta instancia de excep-

ción, tal circunstancia no resulta óbice decisivo para la procedencia del recurso extraordinario cuando, como sucede en el caso, lo resuelto frustra la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea suficiente, defecto que se traduce en una violación de la garantía del debido proceso tutelado en el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 311:148; 315:257; 317:1133; 320:193; 325:3360; 327:2649; 330:3055 y recientemente causa CSJ 232/2010 (46-L) “L.,S.R. y otra c/ Instituto de Seguridad Social de la provincia – subsidio de salud s/ amparo”, sentencia del 10 de diciembre de 2013).

8º) Que, en primer lugar, corresponde calificar en los términos de la causa “Halabi” (publicada en Fallos: 332:111) a la acción promovida como un proceso colectivo, pues procura la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable. Tal como lo resolvió el tribunal a quo y no se encuentra controvertido en esta instancia, el objeto de la pretensión, por su carácter, resulta insusceptible de apropiación individual. En efecto, la pretensión incoada persigue que la provisión domiciliaria en red de ese bien se realice, en la localidad de 9 de Julio, con características físicas y micro-biológicas —contenido de arsénico, nitratos, flúor y sólidos disueltos— que cumplan con los estándares establecidos en el Anexo A de la ley local 11.820 y el artículo 982 del Código Alimentario Argentino (ley 18.284 según ley local 13.230).

9º) Que los jueces de la causa no aplicaron las reglas del proceso colectivo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, cuyas características principales y modalidades fueron enunciadas por esta Corte Suprema en el caso “Halabi” (Fallos: 332:111) y mantenidas consistentemente en los casos CSJ 361/2007 (43-P) “PADEC c/ Swiss Medical S.A.”, del 21 de agosto de 2013; CSJ 2/2009 (45-U) “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. - ley 24.240 y otro s/ amp. proc. sumarísimo (artículo 321, inc. 2º, C.P.C. y C.)”, sentencia del 6 de marzo de 2014; CSJ 519/2012 (48-C) “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A s/ ordinario” y CSJ 1074/2010 (46-C) “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA s/ ordinario”, sentencia del 24 de junio de 2014; CSJ 1145/2013 (49-M) “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo”, sentencia del 23 de septiembre de 2014 y acordada 32/2014).

Esta deficiencia se patentiza cuando el juez de primera instancia, pese a calificar al presente como amparo colectivo, recurrió a reglas procesales incompatibles con ese tipo de proceso, soslayando las consecuencias negativas que tal temperamento ocasionaría en el normal trámite de la causa. Máxime cuando la Provincia de Buenos Aires dispone de normativa específica (con base en el artículo 20 de la Constitución Provincial, en especial, ley 13.928, con modificaciones introducidas por ley 14.192) que aplicada armoniosa y sistemáticamente, y de acuerdo con los principios rectores de la Ley General del Ambiente, hubiese impedido la violación palmaria del derecho de defensa en juicio de la agencia estatal demandada.

10) Que en este sentido cabe recordar que los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (doctrina de Fallos: 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros). No hay duda de que en el caso, existe la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que está en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y al mismo tiempo existe una demora de la demandada en la solución definitiva de esta situación.

Tratándose de un caso ambiental los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención. El límite de estas facultades está dado por el respeto al debido proceso, porque los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión (Fallos: 333:748; “Mendoza, Beatriz Silvia”, Fallos: 329:3445).

11) Que asiste razón a la demandada cuando invoca la violación del derecho de defensa, no solo por la carga que se le impusiera, sino también por el cambio sorpresivo de reglas. Las partes deben conocer de antemano las reglas de juego del proceso a las que atenerse, tendientes a afianzar la seguridad jurídica y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales (conf. causa CSJ 471/2011 (47-T) “Tello, María Luisa c/ Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares s/ amparo”, sentencia del 30 de abril de 2013). El proceso judicial no puede ser un “juego de sorpresas” que desconoce el principio cardinal de buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas (Fallos: 331:2202).

Por ello, en el caso, los jueces provinciales no pudieron integrar, de manera intempestiva y sorpresiva, a un número exorbitante de coactores al amparo colectivo ambiental, sino que debieron arbitrar los medios procesales necesarios que, garantizando adecuadamente la defensa en juicio del demandado, permitieran que las decisiones adoptadas en el marco del presente proceso alcancen a la totalidad del colectivo involucrado, sin necesidad de que sus integrantes deban presentarse individualmente en la causa, medida que claramente desvirtúa la esencia misma de este tipo de acciones.

12) Que el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces. En este sentido cabe resaltar que en su reciente resolución A/HRC/RES/27/7 distribuida el 2 de octubre de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas exhorta a los Estados a que *“velen por que todas las personas tengan acceso sin discriminación a recursos efectivos en caso de violación de sus obligaciones respecto del derecho humano al agua potable y el saneamiento, incluido recursos judiciales, cuasijudiciales y otros recursos apropiados”* (11.c).

En el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia.

Por esta razón es que en muchos instrumentos internacionales se menciona la tutela del derecho al agua potable. En este sentido, la resolución A/RES/64/292, del 30/07/2010, de Naciones Unidas, declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. La “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (1979), artículo 14, párr. 2 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” del 17/11/1988, predicen que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos; la “Convención sobre los Derechos del Niño”, artículo 24, 2º párr. (1989), exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre. De otro lado, es de recordar que en el mes de septiembre de 2000 los dirigentes de todos los países se comprometieron en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas a

reducir a la mitad para el año 2015 la proporción de personas que carecían de acceso al agua potable o que no podían costearla. Y que en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, celebrada en Johannesburgo, se acordó un objetivo similar para reducir a la mitad, también para el año 2015, las cifras de personas sin saneamiento básico. Asimismo, numerosos documentos de organizaciones internacionales, incluyen declaraciones en ese sentido, como la que surge de la Observación General n° 15 del “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” de Naciones Unidas, que el 15/11/2002, en virtud de la cual se dijo que: “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”.

En el caso resulta de fundamental importancia el derecho de acceso al agua potable y la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho.

13) Que, en definitiva, el examen de los recaudos de admisibilidad de la instancia recursiva local, se llevó a cabo con un injustificado rigor formal que concluyó con la arbitraria cancelación de la vía revisora de que se trata, omitiendo con este modo de resolver el tratamiento de una cuestión federal oportunamente articulada, con la consecuente frustración de los derechos comprometidos en dicho planteo tal como el derecho humano al agua (CIDH Caso “Comunidad Indígena Jakie Axa vs. Paraguay”, sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C, n° 125, párrafo 127; CIDH Caso “Vélez Loor vs. Panamá”, sentencia del 10 de noviembre de 2010, Serie C, n° 218, párrafo 215; CIDH Caso “Pacheco Teruel y otros vs. Honduras”, sentencia del 27 de abril de 2012, Serie C, n° 241, párrafo 67); y, a la par, con evidente menoscabo de la garantía de defensa en juicio que asiste al recurrente (artículo 15 de la ley 48; causas CSJ 232/2010 (46-L) “L., S. R. y otra c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia - subsidio de salud s/ amparo” y CSJ 811/2008 (44-P) “Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural”, sentencias del 10 de diciembre de 2013 y del 7 de octubre de 2014, respectivamente).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de

origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente en carácter de urgente. No obstante, estando en juego el derecho humano al agua potable deberá mantenerse la cautelar dispuesto por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se cumpla con lo ordenado. Agréguese la queja al principal, notifíquese y oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho deducido por **Aguas Bonaerenses S.A.**, representada por el doctor **Julián Martín Biancuzzo**, en su carácter de apoderado, con el patrocinio letrado del doctor **Oscar Alejandro Scarcella**.

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata; Juzgado de Garantías del Joven n° 1 del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires.**

AEROPUERTOS ARGENTINA 2000 S.A. c/ BUENOS AIRES,
PROVINCIA DE S/ ACCIÓN DECLARATIVA

IMPUESTO DE SELLOS

Corresponde hacer lugar a la demanda y declarar la improcedencia de la pretensión fiscal de la Provincia de Buenos Aires con relación al Acta Acuerdo de Adecuación del Contrato de Concesión si se encuentra acreditado legalmente que la autoridad federal fijó la política del sector y decidió explícitamente no gravar con el impuesto de sellos y convalidar dicha exigencia importaría tanto como desconocer los distintos elementos que apreció la autoridad de aplicación al momento de renegociar el contrato y el propósito perseguido de desarrollar la infraestructura aeroportuaria.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 441/467, Aeropuertos Argentina 2000 S.A. (en adelante, “AA 2000”) promovió la presente acción declarativa contra la Provincia de Buenos Aires, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con el objeto de que: a) se declare la ilegitimidad de la pretensión fiscal dirigida a gravar con el impuesto de sellos el Acta Acuerdo de Adecuación del Contrato de Concesión celebrado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) entre ella y la Unidad de Renegociación y Análisis de los Contratos de Servicios Públicos (UNIREN) el 3 de abril del 2007 (en adelante, el acta acuerdo), ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional por decreto 1.799/07; y, b) en consecuencia, se declare la improcedencia de la disposición determinativa y sancionatoria 1.555/09 de la Gerente de Operaciones del Área Metropolitana de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA).

Fundó su pedido en que dicha pretensión contraviene expresas normas constitucionales, como así también la doctrina de V.E. en materia de impuesto de sellos, motivo por el cual, además, solicitó el dictado de una medida cautelar de no innovar, a fin de que la demandada se abstuviera de perseguir el cobro de las sumas que reclama.

Indicó que el acta acuerdo es un instrumento de gobierno, empleado por el Estado Nacional en el área de la prestación del servicio público aeroportuario, por lo que el tributo local frustra los fines que se persiguen en los aeropuertos bajo su concesión, que revisten el carácter de establecimientos de utilidad nacional.

Recordó que el 9 de febrero de 1998 suscribió con la Nación, en la CABA, el contrato de concesión, de carácter oneroso, para la explotación, administración y funcionamiento del grupo “A” de aeropuertos, aprobado luego por el decreto 163/98, del 11 de febrero siguiente. Y destacó que oportunamente pagó el impuesto de sellos a la Provincia, y que si bien hubo una serie de controversias en cuanto a la forma de determinar la base imponible, ella está siendo discutida ante las autoridades provinciales.

Añadió que el nuevo documento que suscita la controversia presente fue el final del proceso de renegociación impuesto por el art. 9° de la ley 25.561, y que no modificó sustancialmente el contenido económico

del contrato original, sino que lo adecuó a un nuevo modelo de gestión tras la crisis económica del año 2001. Dijo que con ese instrumento se quiso preservar la accesibilidad, continuidad y calidad del servicio prestado a los usuarios, a la vez que establecer ciertas condiciones de equilibrio contractual entre el concedente y el concesionario, lo que se vería impedido si los fondos destinados a realizar las obras necesarias para brindar el servicio en las condiciones estipuladas fueran desviados hacia las arcas de la demandada.

Puso énfasis en que sólo se modificaron ciertos aspectos del contrato original, pero sin que se haya variado el plazo de duración de la concesión, ni las tarifas cobradas por AA 2000 -que fueron rebalancadas-, ni el canon que se continúa pagando ya que sólo se varió la forma de su integración, al dirigirse hacia un fideicomiso creado por el Estado Nacional, sin que ello implique por sí la existencia de un mayor valor.

Resaltó que los ingresos por la concesión y el cobro efectivo de las tasas aeroportuarias son esenciales para la sustentabilidad del Sistema Nacional de Aeropuertos, el que combina el mecanismo de los subsidios cruzados, mediante el cual dos de los aeropuertos han de financiar los costos, funcionamiento y modernización de otros treinta y uno, a la vez que el pago de un canon por parte del concesionario para atender a aquellas estaciones aéreas que no fueron concesionadas.

Tachó de confiscatorio el tributo local, cuya determinación supera los 70 millones de pesos, más los accesorios, ya que representa el 106,95% de la utilidad obtenida en el ejercicio 2007, y el 78% de las correspondientes al ejercicio 2008.

Señaló que el Estado Nacional consideró expresamente en el acta acuerdo que la adecuación del contrato de concesión no estaba gravada con el impuesto de sellos, según lo indicado en el anexo V, punto 7, *in fine*, de ese documento.

Adujo que, además, se está violando el art. 9º, inc. b, de la ley 23.548, ya que no se verifica la existencia de un “instrumento”, tal como lo define dicha norma, que pueda ser susceptible del gravamen local, al ser un mero complemento del contrato de concesión original, sin el cual carece de sustento.

Hizo hincapié en que el contrato de concesión es oneroso, ya que debe pagar un canon al Estado Nacional, cuya forma de determinación fue modificada en el acta acuerdo ahora bajo discusión. Destacó que es fundamental asegurar el flujo de ingresos a la concesión, de manera continua, y que el gravamen pretendido por la demandada repercuta

negativamente sobre sus ingresos como concesionaria, que el Estado Nacional considera esenciales para sustentar el servicio aeroportuario, de acuerdo con el punto 21, de su parte cuarta. Remarcó que ese acta acuerdo no modifica ni aumenta per se el valor de la concesión.

-II-

A fs. 539/540, AA 2000 amplió la demanda, al informar que la citada disposición determinativa y sancionatoria 1.555/09 de ARBA fue recurrida ante el Tribunal Fiscal de Apelaciones el 28 de mayo de 2009.

-III-

A fs. 567/569 obra copia de la resolución de fs. 500/502 del incidente de medida cautelar que corre por cuerda floja, en la que V.E. declaró que la presente causa correspondía a su competencia originaria, de acuerdo con lo oportunamente dictaminado en dicho incidente por este Ministerio Público (ver fs. 488/490 de ese expediente).

-IV-

A fs. 593/596, la Provincia de Buenos Aires contestó el traslado de la demanda y solicitó su rechazo.

Tras relatar las actuaciones administrativas que culminaron con el dictado de la disposición determinativa y sancionatoria 1.555/09 de ARBA, indicó que el impuesto de sellos es establecido por la Provincia en ejercicio de su poder tributario de carácter originario, emanado de la Constitución Nacional. Agregó que mediante el citado gravamen el legislador provincial pretende que los diferentes actos que exteriorizan una determinada circulación de riqueza tributen conforme el ordenamiento fiscal vigente desde que, por medio de ello, se evidencia una manifestación de capacidad contributiva susceptible de ser alcanzada por la imposición.

Recordó que el art. 230 del Código Fiscal (t.o. 2004) prevé los diferentes supuestos a partir de los cuales el Fisco provincial se encuentra facultado a gravar los actos celebrados fuera de su ámbito espacial, entre los que se hallan los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso, formalizados en instrumentos públicos y privados, fuera de la Provincia, siempre que produzcan efectos en ella, tal como ocurre -según su parecer- con el acta acuerdo del 3 de abril de 2007.

Contrariamente a lo afirmado por AA 2000, expresó que el acta acuerdo en cuestión no se trata de un instrumento aclaratorio o

complementario del contrato de concesión original, sino una reforma integral de aquél, ya que tiene un contenido diverso, al reformularse las obligaciones oportunamente pactadas, con un aumento de los ingresos de la concesionaria. De tal suerte, afirmó, se configuró un nuevo hecho imponible. Resaltó que en ella se incorporaron nuevas prestaciones, y se incrementaron los valores de las ya pactadas, por lo que se exteriorizó un mayor valor que el contenido en el convenio original.

Negó que el tributo local interfiriese en el cumplimiento de los fines de los aeropuertos, como establecimientos de utilidad nacional, y agregó que, en su caso, ello debería haber sido debidamente demostrado por la actora, quien no ofreció prueba alguna al respecto. En similares términos rechazó que se produjera un supuesto de confiscatoriedad, resaltando que tal extremo debió haber sido objeto de la pertinente actividad probatoria, lo que fue omitido por AA 2000.

-V-

A fs. 632/633 vta., la actora denunció como hecho nuevo la nota 386-11, emitida el 10 de mayo del 2011 por el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, con referencia a la disposición determinativa y sancionatoria 1.555/09 de ARBA, lo que fue admitido por V.E. a fs. 637.

En dicha nota se da cuenta del dictamen GAJ n° 37/09 del servicio jurídico de ese organismo, en el cual se concluyó que el pago del gravamen en disputa afectaría gravemente la ecuación económico financiera del contrato renegociado, tornándolo de cumplimiento imposible, y afectando la continuidad del servicio público aeroportuario.

-VI-

Pienso que V.E. sigue teniendo competencia para entender en esta causa, a tenor de lo resuelto a fs. 500/502 del incidente de medida cautelar.

-VII-

Corresponde señalar que la pretensión de la actora se encuentra dirigida a dilucidar el estado de falta de certeza en que se encuentra, frente al impuesto de sellos, por la instrumentación del acta acuerdo del 3 de abril de 2007, celebrada entre ella y el UNIREN, y ratificada por el decreto 1.799/07.

Al respecto, no es ocioso recordar que la declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un “*caso*” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal, constituye “*causa*” en los términos de la Ley Fundamental (Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421, entre otros).

Sobre la base de estas premisas, considero que se encuentran aquí reunidos los requisitos establecidos por el art. 322 del CPCCN.

En primer lugar, ha mediado una actividad explícita de ARBA, dirigida a la “*percepción*” del impuesto que estima adeudado (Fallos: 311:421, cons. 3°).

En efecto, la resolución 1.555/2007 de ese organismo recaudador (cuya copia obra a fs. 10/67 vta.), evidencia una actividad estatal explícita dirigida al cobro del tributo, que posee aptitud suficiente para sumir a la actora en un “*estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica*”, entendiéndose por tal aquella que es “*concreta*” al momento de dictarse el fallo.

Y dicha concreción se verifica pues se ha producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido, condición bajo la cual sólo podrá afirmarse realmente que el fallo pone fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se contesta acerca de la eventual solución que podría acordarse a un supuesto de hecho hipotético (dictamen de este Ministerio Público in re “*Newland, Leonardo Antonio c. Provincia de Santiago del Estero*”, del 4 de diciembre de 1986, compartido por V.E. en Fallos: 310:606, cons. 2°, criterio reiterado en Fallos: 311:421, cons. 3°).

Frente a ello, la sustanciación del procedimiento determinativo de oficio y el posterior recurso ante el Tribunal Fiscal de Apelaciones no obsta a la procedencia de la vía intentada, ya que la competencia originaria de la Corte -que proviene de la Constitución Nacional- no puede quedar subordinada al cumplimiento o la vigencia de los procedimientos exigidos por las leyes locales (Fallos: 312:475 y sus citas).

Por lo expresado, considero que se encuentra reunida la totalidad de los recaudos fijados por el art. 322 del CPCCN para la admisibilidad formal de la acción intentada.

-VIII-

En cuanto al fondo del asunto, es mi parecer que el *thema deci-*

dendum estriba en determinar si la Provincia de Buenos Aires puede gravar con el impuesto de sellos la instrumentación del acta acuerdo mencionada, contrato de carácter oneroso, firmada el 3 de abril de 2007 entre AA 2000 y el Estado Nacional, actuando éste por medio de la UNIREN.

Liminarmente, y más allá de lo argüido por la actora en cuanto a las normas aplicables a la especie, es necesario poner de relieve que atento a la fecha de suscripción de la citada acta acuerdo (3 de abril de 2007), resulta aplicable la advertencia de Fallos: 333:538, en el cual se especificó: “Que la diferente terminología utilizada al votarse la ley impositiva provincial del año 1998 (12.049), en la que expresamente el legislador local se refirió a las concesiones otorgadas ‘por cualquier autoridad administrativa’ sin ninguna especificación -ampliando la previsión anterior que sólo se refería a las autoridades provinciales y municipales-, exige examinar el presente caso en un marco legislativo distinto al juzgado por este Tribunal en Fallos: 331:310, 337 y 400” (cfr. cons. 15).

Sentada esa clara diferencia, estimo prudente recordar -por un lado- que por el art. 59, segundo párrafo, de la ley 18.524 se facultó al Poder Ejecutivo Nacional a conceder exenciones parciales o totales, en forma general o particular, de los impuestos contemplados en esa ley cuando razones de orden económico así lo justifiquen, y por el art. 34 de su similar 24.073 se le dio atribuciones “para disminuir las respectivas alícuotas vigentes o dejar sin efecto total o parcialmente, en la medida en que estime que los ingresos provenientes de los restantes tributos así lo permita, a los siguientes gravámenes: a) impuestos de sellos...”.

En uso de estas últimas atribuciones, el decreto 114/93 “derogó” a partir del 1° de febrero de 1993 el impuesto de sellos “para todos los hechos imponible contenidos en la ley, excepto los descriptos en el artículo 2 de este decreto” (arts. 1° y 3°).

En ese art. 2° se dispuso que el tributo se mantuviera para las escrituras públicas de compraventas de inmuebles o de cualquier otro contrato por el cual se transfiera el dominio de inmuebles. Por el art. 5° se invitó a las provincias a adecuar su legislación a los principios adoptados por ese reglamento.

Por otro lado, el art. 214 del Código Fiscal de la demandada dispone que se encuentran sujetos al impuesto de sellos “los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso que expresamente se indiquen, formalizados en el territorio de la Provincia, en instrumentos públicos

o privados suscriptos que exterioricen la voluntad de las partes” (ley 10.397, t.o. en 1999, al que me referiré en adelante).

Asimismo, su art. 215, inc. b), establece que también se encuentran alcanzados por el gravamen los contratos celebrados en otra jurisdicción en el caso de que dichos instrumentos “...produzcan efectos en la Provincia, por cualquiera de los siguientes actos: aceptación, protesto, negociación, demanda por cumplimiento o cumplimiento, siempre que no se haya pagado el impuesto en la jurisdicción donde se instrumentan o no se justifique su exención en la misma” (subrayado, agrgado).

Sentado lo anterior, debe señalarse que los alcances del citado decreto 114/93 deben ser precisados con arreglo al art. 34 de la ley 24.073. Este precepto legal facultó al Poder Ejecutivo Nacional para disminuir las alícuotas vigentes de dicha gabela, inclusive hasta cero, pero no autorizó la derogación del impuesto pues, de conformidad con el principio de reserva de ley que rige la materia tributaria, la creación o eliminación de los tributos es función privativa del Congreso de la Nación (arts. 4°, 17, 52, 75 -incs. 1° y 2°- de la Constitución Nacional y Fallos: 155:290; 318:1154; 319:3400; 321:366; 323:3770 y 329:1554, entre muchos otros).

Por ende, no podría sostenerse con éxito por parte de la demandada que la actora no estuviera beneficiada por una exención en otra jurisdicción sobre la base de que, al momento de celebrarse el acta acuerdo que se pretende gravar, el impuesto de sellos había sido derogado en la Capital Federal por dicho decreto nacional 114/93.

En ese marco es preciso señalar que, más allá de lo impropio del término utilizado en el art. 1° del decreto 114/93 (“Derógase el impuesto...”), lo cierto es que no puede atribuirse a este precepto otro efecto que haber reducido determinadas alícuotas a base cero, manteniendo a la vez vigente la alícuota fijada por la ley del tributo según el ordenamiento del año 1986 para los hechos imponibles mencionados por el art. 2° del mismo texto reglamentario (dictamen de este Ministerio Público en la causa A.766, L.XLIV, “Alto Palermo S.A. -TF 13.049-I- c/ DGI” del 6 de agosto de 2010).

En razón de lo expuesto, como ya lo indicó V.E. en Fallos: 333:538 (cons. 14), el decreto 114/93 vino a ampliar los casos de exención, al reducir a cero la mayoría de las alícuotas (ver art. 5° de la ley 22.146; ley 22.687; ley 22.780; ley 22.903; decreto 1.926/86; decreto 1.069/78; arts. 59 y 62 de la ley de impuesto de sellos -t.o. 1986, modificado por la ley 23.495-). Dentro de estas exenciones, por reducción de las alícuotas a

cero, se encuentra incluida la instrumentación del acta acuerdo cuya gravabilidad aquí se discute.

Tal extremo conduce a subsumir la situación de la actora en la disposición contenida en el ya citado art. 215, inc. b), del Código Fiscal, que libera del impuesto de sellos a los actos otorgados en otra jurisdicción cuando se acredite la exención de idéntico tributo en esta última.

Ello, en mi opinión, es suficiente para evidenciar la improcedencia de la pretensión fiscal de la demandada, tornando por ende inoficioso el tratamiento de los restantes argumentos con los que intentó repeler la pretensión tributaria local.

-IX-

Por lo expuesto, pienso que corresponde hacer lugar a la demanda. Buenos Aires, 10 de junio de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Aeropuertos Argentina 2000 S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa”, de los que

Resulta:

D) A fs. 441/467 se presenta Aeropuertos Argentina 2000 S.A., e inicia acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de que se declare la ilegitimidad de la pretensión fiscal dirigida a gravar con el impuesto de sellos el “Acta Acuerdo de Adecuación” del Contrato de Concesión celebrado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires entre ella y la Unidad de Renegociación y Análisis de los Contratos de Servicios Públicos (U.N.I.R.E.N.) el 3 de abril del 2007, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional por decreto 1799/07 y, en consecuencia, se declare la improcedencia de la disposición determinativa y sancionatoria 1555/09 de la Gerente de Operaciones del Área Metropolitana de la Agencia de Recaudación de esa Provincia.

Afirma que, contrariamente a lo que pretende la demandada, el “Acta Acuerdo” es una adaptación del contrato original en razón de las nuevas variables que definieron la situación socio-económica del país a partir de la crisis 2001/2002 y en el marco de la ley 25.561 de Emergencia Económica y Reforma del Régimen Cambiario (artículos 8°, 9° y 10), y no constituye un nuevo acuerdo, ni reviste el carácter de “instrumento” en los términos del artículo 9°, inciso 2°, de la ley 23.548 de Coparticipación Federal de Impuestos, pues no fueron modificados el plazo de duración, las tarifas ni tampoco la onerosidad del contrato, ya que se trata de un complemento del convenio original.

Sostiene, además, que en el “Acta Acuerdo” el Estado Nacional consideró expresamente “que la [mencionada] adecuación del contrato de concesión no está gravada con impuesto de Sellos (vid. Anexo V, punto 7 *in fine* del Acta Acuerdo)”.

En consecuencia, cuestiona dicho acto administrativo local, en cuanto entiende que la provincia carece de competencia para gravar tal documento que consiste en la implementación de un acto de gobierno del Poder Ejecutivo Nacional en el área de un servicio nacional, como lo es el servicio aeroportuario y, además; la empresa ya cumplió con sus deberes tributarios al celebrar el contrato original, por lo que no está obligada a pagarlo nuevamente ni es deudora de suma alguna.

Asimismo, alega que tal pretensión fiscal resulta confiscatoria y desmesurada, pues el pago del impuesto requerido representa el 106,95% de las utilidades del ejercicio 2007 y el 78% de las utilidades del ejercicio 2008 y absorbe una porción –según dice– inaceptable de su renta, en tanto son esenciales para la sustentabilidad de ese servicio nacional los ingresos de la concesión y el cobro efectivo de las tasas aeroportuarias, todo lo cual conculca los artículos 17, 19, 33, 75, inciso 30, y concordantes de la Constitución Nacional.

Cita jurisprudencia del Tribunal en apoyo de su postura. Reitera, por último, que el “Acta Acuerdo” aclara y confirma el contrato de concesión del 9 de febrero de 1998, pero no modifica su naturaleza, plazo o valor.

Solicita que se dicte una medida cautelar de no innovar por la cual se ordene a la Agencia Recaudadora de la Provincia de Buenos Aires que se abstenga de determinar, perseguir, pretender o convalidar el

pago de la suma consignada en la disposición que se cuestiona, hasta tanto se dicte sentencia.

A su vez, requiere que se cite como tercero obligado al pleito al Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (O.R.S.N.A.), por tener a su cargo el control y la fiscalización del servicio.

Ofrece prueba y pide que se haga lugar a la demanda, con costas.

II) A fs. 488/490 del incidente de medida cautelar que corre por cuerda dictaminó la señora Procuradora Fiscal, y sobre la base de esa opinión, a fs. 500/502 este Tribunal declaró su competencia originaria para entender en la presente causa e hizo lugar a la cautelar solicitada.

III) A fs. 593/596 la Provincia de Buenos Aires contesta la demanda y solicita su rechazo.

Niega en primer lugar la existencia de un estado de incertidumbre que justifique la viabilidad de la acción declarativa instaurada.

Respecto del fondo del asunto, expone que el Código Fiscal grava los actos, contratos y operaciones de carácter “oneroso”, concertados en instrumentos públicos o privados fuera de la Provincia, cuando produzcan efectos en ella (artículo 230, inciso b).

Arguye que, contrariamente a lo que sostiene la actora, de la fiscalización efectuada en el expediente administrativo 2360-5339/08 se verificó que el Acta Acuerdo del 3 de abril de 2007, tiene un nuevo contenido económico, dado que se reformularon las obligaciones comprometidas en el contrato de concesión original, por lo que el concesionario asumió el compromiso de realizar nuevas inversiones, las que conllevarían a un aumento de ingresos (fs. 594).

Añade que la gravabilidad del instrumento surge de la cláusula segunda del Acta Acuerdo que previó expresamente que el contrato de concesión se renegocia integralmente, por lo que a su entender no es un instrumento aclaratorio o complementario, sino que modifica elementos esenciales del referido convenio (fs. 594).

Reitera que la referida Acta Acuerdo, tal como lo señala la disposición determinativa y sancionatoria antes mencionada, modifica la ecuación económica financiera del contrato al incorporar nuevas prestaciones y que reúne –como el convenio de 1998- los tres elementos configurativos del hecho imponible: territorialidad, instrumentación y onerosidad.

Por otra parte, afirma que el gravamen reclamado resulta compatible con el régimen de coparticipación nacional (su artículo 9º) y que la ley 25.561 no importó una delegación de facultades que “conllevara la posibilidad de eximir del pago de tributos locales a los instrumentos que en su consecuencia se crearan”. Agrega que esta última disposición no modificó la distribución de competencias efectuada por la Constitución Nacional en materia tributaria y que aún en el supuesto de que se le reconociese al Estado Nacional la potestad de excluir determinados actos de un tributo provincial, debería hacerlo mediante una ley dictada por el Congreso Nacional conforme al principio de legalidad.

Sostiene que aún en el supuesto de que se admitiese que el impuesto de sellos “interfiere” en los fines que tuvo el legislador al constituir a los aeropuertos como establecimientos de utilidad nacional, debería probarse de qué manera el tributo frustra la consecución de los mismos. En el sub examine, dice, no se ha demostrado que el cobro del impuesto por el Fisco provincial afecte la continuidad del servicio público en cuestión.

En otro orden de ideas, aclara que el impuesto determinado en la disposición determinativa y sancionatoria 1555/09 no corresponde a un ajuste efectuado como consecuencia de la adecuación financiera del mismo en base a la ley 25.561, sino que el gravamen que se reclama deriva, tal como lo establece la norma fiscal, del “mayor valor” de la concesión oportunamente celebrada. Añade que ese “mayor valor” surge de las nuevas obligaciones asumidas por la concesionaria en el marco del convenio de adecuación suscripto, tales como las obras a realizar y las remuneraciones pactadas al respecto, por lo que tales operaciones son ajenas a la cuestión financiera que prevé la ley 25.561.

Hace –a continuación- consideraciones sobre el concepto de “mayor valor” de la concesión y remite a las consideraciones efectuadas en el informe 53/99 y la disposición ARBA 1555/09 que adjunta como prueba documental.

Ofrece prueba y pide que se rechace la demanda, con costas.

IV) A fs. 632/633 la actora denuncia como hecho nuevo la nota 386-11 del 10 de mayo de 2011, realizada por el Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, con relación a la disposición determinativa y sancionatoria 1555/09 de ARBA, lo que fue admitido a fs. 637.

V) A fs. 848/853 dictamina la señora Procuradora Fiscal sobre las cuestiones federales planteadas en el sub lite.

Considerando:

1°) Que este juicio es de la competencia originaria de esta Corte (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional) y se hallan reunidos los recaudos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tal como lo puso de relieve la señora Procuradora Fiscal en el apartado VII de su dictamen de fs. 848/853, a cuyas consideraciones corresponde remitir en razón de brevedad.

2°) Que la cuestión de fondo consiste en resolver si la Provincia de Buenos Aires, en ejercicio de su potestad tributaria, y según la previsión contenida en los artículos 214, 215, inciso b, y concordantes del Código Fiscal local, puede gravar con el impuesto de sellos el “Acta Acuerdo de Adecuación del Contrato de Concesión” suscripto por Aeropuertos Argentina 2000 S.A. con la Unidad de Renegociación y Análisis de los Contratos de Servicios Públicos (UNIREN) el 3 de abril de 2007, ratificada por el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1799/07, por el cual se instrumentó las condiciones de adecuación del contrato de concesión para la explotación, administración y funcionamiento del Grupo A del Sistema Nacional de Aeropuertos, que fuera aprobado por decreto 163 del 13 de febrero de 1998 (v. la resolución determinativa y sumarial 1555/09 y su antecedente, la disposición 3323/08, agregadas a fs. 10/67 y 71/83; la copia del mentado decreto y el Acta Acuerdo que obran a fs. 87/90, la copia del contrato de concesión agregada a fs. 135/200 y la copia del expediente 2360-0005339/08 que corre por cuerda).

3°) Que la cuestión planteada es sustancialmente análoga a la examinada y resuelta por este Tribunal en Fallos: 333:538; 334:1626, y en las causas T.97.XXXIX “Transportes Metropolitanos General San Martín S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de

certeza”, sentencia del 29 de noviembre de 2011; L.1959.XL “Loustau Bidaut, Juan Carlos c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” y M.650.XLI “Monserrat, José Higinio c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencias del 4 de diciembre de 2012 y D.885.XL “Distribuidora de Gas Cuyana S.A. c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ contencioso administrativo”, sentencia del 22 de abril de 2014; entre otros.

4°) Que a mayor abundamiento, es menester recordar que la ley 25.561 declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades para dictar las medidas orientadas a conjurar dicha situación. Por el artículo 9° de dicha ley autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los contratos comprendidos en las disposiciones del artículo 8° de la citada norma, entre ellos los de obras y servicios públicos. Las estipulaciones contenidas en la mentada ley 25.561 fueron posteriormente ratificadas y ampliadas a través de la sanción de las leyes 25.790, 25.820, 25.972, 26.077 y 26.204, así como también por diversas normas reglamentarias y complementarias (v. los considerandos del decreto 1799/2007, fs. 87).

La renegociación de los contratos se reglamentó a su vez, por el decreto 311/03 y la resolución conjunta 188 del Ministerio de Economía y Producción y 44 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios del 6 de agosto de 2003. Por el artículo 1° de dicho decreto se dispuso la creación de la UNIREN (v. los considerandos del decreto 1799/2007, fs. 87).

5°) Que en el marco del referido proceso de renegociación, el 20 de julio de 2005, se suscribió una Carta de Entendimiento entre la citada Unidad y la empresa Aeropuertos Argentina 2000 S.A., por medio de la cual se establecieron las pautas para la renegociación del contrato de concesión antes mencionado, “sobre la base de los lineamientos fijados por LA SECRETARÍA DE TRANSPORTE DEL MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS, en carácter de miembro del COMITÉ SECTORIAL de la UNIDAD DE RENEGOCIACIÓN Y ANÁLISIS DE CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS” (fs. 87).

El 16 de junio y el 23 de agosto de 2006, las mismas partes firmaron dos nuevas Cartas de Entendimiento. La última de ellas contenía los

puntos de consenso sobre la adecuación contractual y fue sometida a un proceso de AUDIENCIA PÚBLICA, convocada a través de la resolución conjunta 728 del Ministerio de Economía y Producción de la Nación y 1584 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación del 12 de septiembre de 2006 y disposición 3 de la U.N.I.R.E.N. (v. fs. 87 e informe final de la Secretaría Ejecutiva de la U.N.I.R.E.N. que obra a fs. 329/331).

El consenso de las partes fue plasmado en una propuesta de Acta Acuerdo, que conforme a lo dispuesto por el decreto 313/03 fue suscripta por las partes, luego de cumplirse los procedimientos de rigor y *ad referendum* del Poder Ejecutivo Nacional. Al respecto, la Procuración del Tesoro emitió su dictamen 355/06, conforme a lo previsto en el artículo 8° del decreto 313/03 y efectuó consideraciones destinadas a lograr una mejor operatividad del Acta Acuerdo, sin formular objeciones a los términos y condiciones contenidos en el mismo (fs. 332/372). Tampoco formuló reparos la Sindicatura General de la Nación que tomó intervención según lo dispuesto en el artículo 14 de la resolución conjunta 188 y 44 del 6 de agosto de 2003, ya referida.

6°) Que el 13 de febrero de 2007, el Congreso de la Nación aprobó dicho instrumento mediante las resoluciones CD. 2/07 y OD 1996 (v. los considerandos del decreto 1799/2007, fs. 87 vta.).

En esa ocasión, la Comisión Bicameral de seguimiento de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo Nacional (ley 25.561), sostuvo que “el gobierno nacional definió una estrategia basada en la continuidad de los servicios, sin ajustes tarifarios o con eventuales reducciones, con mejoramiento de la calidad de los mismos, con ejecución de las inversiones comprometidas, por sí o por medio de la participación del Estado, proveyendo y garantizando a los usuarios la seguridad de los servicios comprendidos sin la posibilidad de generar impactos redistributivos adversos que limitan el acceso a los servicios comprometidos”.

En este sentido, se puso de resalto que el caso bajo análisis se inscribe en una estrategia cuyos objetivos fueron “garantizar la continuidad de la concesión sobre la base de un nuevo modelo de gestión que implique la capacidad de recuperar el canon impago por parte del concesionario, propender a ejecutar las inversiones necesarias para mejorar la calidad del servicio concesionado..., continuidad del plan

de inversiones con un ritmo más intenso en el corto plazo y expansión federal de las mismas y cumplir con todos y cada uno de los puntos establecidos en el artículo 9° de la ley 25.561”.

Más adelante se señaló que el acta acuerdo “refleja un balance de los distintos intereses involucrados, considera a los usuarios actuales y futuros, y atiende la perspectiva del Estado Nacional, como poder concedente, en cuyo carácter resulta ser el garante de la prestación eficiente y accesible de los servicios públicos” y que “la aprobación del acuerdo resulta conveniente porque permite regularizar la situación de conflictividad actual del contrato de concesión que pone en riesgo la prestación de un servicio público que tiene una alta importancia económica”.

Se destacó además que la propuesta “asume un criterio de coherencia que amalgama la política del Estado en materia de competitividad y distribución de ingresos con la política mundial en materia de tasas aeronáuticas. Por un lado, no hay incrementos tarifarios en vuelos internacionales manteniéndose los valores originalmente previstos en 1998 y se mantiene la moneda internacional de referencia (dólar) propia de la industria...”. “Por otro lado, se pesifica el sistema de cabotaje, de forma tal que los ingresos del sistema de transporte aéreo internacional derrame al sistema de cabotaje –duramente castigado por la emergencia, carente de oferta y competencia suficiente- buscando garantizar como política de Estado la conectividad entre las distintas ciudades y regiones del país. Ello implica mantener el mismo cuadro tarifario vigente desde 1998” (fs. 87 vta. y el dictamen de la Cámara de Diputados de la Nación, sesiones extraordinarias, orden del día 1996 del 14 de febrero de 2007, páginas 1 a 9, fs. 374/382).

7°) Que, sobre esas bases, el 3 de abril de 2007, se suscribió el Acta Acuerdo definitiva –cuestionada en esta litis- por medio de la cual se incorporaron las adecuaciones propuestas por la Procuración del Tesoro de la Nación y aquellas recomendaciones realizadas por el Honorable Congreso de la Nación. En el punto 5° de la parte sexta se estipuló que los términos y condiciones del contrato de concesión que no hubiesen sido modificados ni se opongan al Acta Acuerdo mantienen su plena vigencia (fs. 87 vta. y 89 vta.).

Con relación al impuesto en cuestión, se previó expresamente en el anexo V de dicho instrumento, denominado “Proyección Financiera

de Ingresos y Egresos (2006-2028)”, en el punto 7, bajo el título “Impuestos” que: “...Adicionalmente se ha considerado que la adecuación del contrato no está gravada por impuesto a los sellos” (v. fs. 245 de la copia del expediente administrativo S01:0254116/2009 que corre por cuerda y CD que se adjunta a las actuaciones).

Respecto a los valores de las tasas que por los servicios aeronáuticos le corresponde percibir al concesionario se contempló que eran los establecidos en el anexo II del Acta Acuerdo, dándose continuidad al régimen tarifario aprobado por los decretos 577/02 y 1910/02 (fs. 88 vta.).

Se estableció además en el punto 21.1 de la parte cuarta que “los ingresos de la concesión y el cobro efectivo de las tasas aeroportuarias resultan esenciales para la sustentabilidad del servicio aeroportuario nacional” (fs. 89).

8°) Que con posterioridad, por el decreto 1799/2007, el Poder Ejecutivo Nacional ratificó “el Acta Acuerdo de renegociación contractual” que como Anexo I formaron parte de dicho decreto y se lo comunicó a la Comisión Bicameral, conforme a lo previsto en el artículo 20 de la ley 25.561 (v. artículos 1° y 2°).

En los fundamentos de la citada disposición se puso de manifiesto que en el transcurso de dicho proceso, orientado por los criterios establecidos en el artículo 9° de la ley 25.561, “corresponde al Estado velar por el mantenimiento de las condiciones de accesibilidad, seguridad y calidad de los servicios públicos” (fs. 87/89 vta. y 719/724).

9°) Que los antecedentes reseñados acreditan legalmente que la autoridad federal fijó la política del sector y decidió explícitamente no gravar con el impuesto de sellos el “Acta Acuerdo de Adecuación del Contrato de Concesión” que la Provincia de Buenos Aires pretende considerar como instrumento objeto de imposición, tal como lo dejó sentado en el anexo V, punto 7, de dicho convenio (causa M.650.XLI “Montserrat, José Higinio c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, antes citada, considerando 17).

Si se convalidara la exigencia del Fisco provincial importaría tanto como desconocer los distintos elementos que apreció la autoridad de

aplicación al momento de renegociar el contrato y el propósito perseguido de desarrollar la infraestructura aeroportuaria (arg. Fallos: 333:538).

Frente a ello, la pretensión del Estado provincial de gravar con el impuesto de sellos el Acta Acuerdo de Adecuación del Contrato de Concesión, entorpece la normal marcha de ese instrumento de gobierno federal (arg. causa D.885.XL “Distribuidora de Gas Cuyana S.A. c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ contencioso administrativo”, ya citada, considerando 10).

10) Que corrobora esta interpretación, el dictamen GAJ n° 37/09 del Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (O.R.S.N.A.) que obra a fs. 668/686. Allí se dijo que en el caso concreto se encuentra probada la interferencia, “entendida como efectivo entorpecimiento del interés federal existente en materia aeroportuaria, y expresada en el contenido en general del Acta Acuerdo y en especial en su numeral 5 Anexo III, donde se establece la afectación de los ingresos obtenidos por el concesionario a un Fideicomiso cuyos fondos se destinan en su mayor parte a inversiones de infraestructura del Sistema Nacional de Aeropuertos” (fs. 684).

Se puso de resalto que “imponer el pago del impuesto de sellos pretendido, afectaría gravemente la ecuación económico financiera del contrato renegociado, tornándolo de cumplimiento imposible, afectando la continuidad del servicio público y desvirtuando los principios económicos y sociales tenidos en miras para solucionar la gran crisis de los años 2001/2002” (fs. 685).

11) Que las consideraciones expuestas permiten concluir que el Acta Acuerdo del 3 de abril de 2007, por la cual se renegó el contrato de concesión para la explotación, administración y funcionamiento del Grupo “A” del Sistema Nacional de Aeropuertos, constituyó el medio necesario que el Estado Nacional empleó para preservar y garantizar “la continuidad y calidad” de la prestación del servicio público aeroportuario imprescindible para la comunidad (v. considerando del Acta Acuerdo, fs. 720 y arg. causa D.885.XL “Distribuidora de Gas Cuyana S.A. c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ contencioso administrativo”, considerando 12).

Dicho de otro modo, fue el medio empleado para el ejercicio de los poderes federales, superiores siempre a la acción de las legislaciones

locales, y que forman parte de la instrumentalidad del gobierno mismo, en que la Nación provee al bienestar, progreso y prosperidad de todas las provincias (v. los considerandos del decreto 1799/2007, fs. 87 vta., y causa D.885.XL “Distribuidora de Gas Cuyana S.A. c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ contencioso administrativo” y su cita, considerando 12).

En tales condiciones, cabe admitir la demanda interpuesta.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se decide: Hacer lugar a la demanda iniciada por Aeropuertos Argentina 2000 S.A. contra la Provincia de Buenos Aires y, en consecuencia, declarar la improcedencia de la pretensión fiscal de la demandada con relación al Acta Acuerdo de Adecuación del Contrato de Concesión objeto del litigio. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General, devuélvase el expediente administrativo acompañado y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Nombre del actor: **Aeropuertos Argentina S.A.**

Nombre de la demandada: **Provincia de Buenos Aires.**

Profesionales intervinientes: **Dres. Diego González; Alejandro Messineo; Ignacio Pere; Alejandro Fernández Llanos; Luisa M. Petcoff y María Florencia Quiñoa.**

Ministerio Público: **Dra. Laura Monti.**

ALLIANCE ONE TABACCO ARGENTINA S.A. Y OTRO c/
ESTADO NACIONAL - PODER EJECUTIVO NACIONAL s/
ORDINARIO

GAS

Cabe revocar la sentencia que había declarado la inconstitucionalidad del decreto nacional 2067/08, de la resolución ministerial 1451/08, de la resolución del ENARGAS 563/08 y de toda otra normativa por la cual se reglamentó el cargo tarifario establecido en el decreto por considerarlo

un tributo creado sin sustento legal por lo que vulneraba el principio de legalidad, pues la demandante no demostró que el valor del cargo que paga por el gas importado excedía el costo de lo que realmente consume por ese concepto, ni alegó fundadamente la irrazonabilidad del método utilizado para el cálculo.

GAS

La Administración no se encuentra impedida de disponer por sí la importación de gas natural para cubrir las necesidades internas de tan esencial elemento cuando la producción nacional no resulte suficiente, aun cuando la ley también autorice a otros sujetos a realizar tales operaciones sin necesidad de aprobación previa (art. 3° de la ley 24.076), y la modalidad de pago prevista en el decreto 2067/08 para afrontar las importaciones tiene naturaleza tarifaria, razón por la cual no se encuentra sujeta al principio de legalidad en materia tributaria.

GAS

El cargo previsto en el art. 2° del decreto 2067/08 no constituye un tributo sino un componente más de la tarifa, que representa la parte del precio del gas importado que debe afrontar el usuario y tiene relación proporcional con los metros cúbicos de gas que recibe y, conforme el decreto, todo el costo del gas debería financiarse con el cargo, puesto que también se incluyen en el fondo fiduciario a los recursos procedentes de programas especiales de crédito y los aportes específicos del sector.

GAS

Mediante el decreto 2067/08 no se alteró el sistema originalmente previsto en la ley 24.076 para calcular las remuneraciones por los servicios de transporte y distribución, que conformaban la tarifa, sino que se desdobló el tercer componente de la tarifa -el precio del gas natural-, manteniéndose, por un lado, el precio del gas en el punto de ingreso al sistema de transporte y agregándose, por otro, el precio resultante del gas importado, representando este componente, en lo sucesivo, no solamente el costo vigente en el mercado interno, sino, además, el costo de los volúmenes de gas que el Estado debe adquirir en el exterior para satisfacer la demanda interna.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Cámara Nacional de Apelaciones de Salta confirmó el fallo de primera instancia que había hecho lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida por la actora -Alliance One Tobacco Argentina S.A.- con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del decreto 2067/08, de las resoluciones 1451/08 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación y 563/08 del Ente Nacional Regulador del Gas, y de toda otra norma complementaria o consecuente, que establecen cargos destinados a la importación del gas (fs. 291/303). Para así decidir, la Cámara se remitió a un precedente de la misma Sala -“Ulloa, Alvaro (Defensor del Pueblo) y otros c/ Estado Nacional - PEN - Ente Nacional Regulador del Gas s/ Amparo”-, en el que sostuvo que los cargos creados mediante el decreto 2067/08 constituían tributos y que, por consiguiente, violaban el principio de legalidad en materia tributaria.

-II-

Contra esa sentencia, la demandada interpuso recurso extraordinario federal (fs. 306/319 vta.), que fue concedido en cuanto a la interpretación de normas de carácter federal y denegado con relación a las causales de arbitrariedad, sin que interpusiera la correspondiente queja (fs. 336/337 vta.).

El recurrente sostiene, en lo principal, que la Cámara entendió de modo incorrecto la naturaleza jurídica del cargo establecido por el decreto 2067/08. En primer lugar, afirma que el cargo en cuestión no constituye un tributo. Afirma ello sobre la base de que no se subsume en ninguna de las categorías tributarias, no se determina en función de la capacidad contributiva de los usuarios y se encuentra afectado por el impuesto al valor agregado. En cambio, sostiene que se trata de un instituto con régimen propio, que fue creado con una finalidad específica: atender a la insuficiencia de suministro interno de gas natural.

En segundo lugar, agrega que la creación del cargo del decreto 2067/08 constituye un ejercicio legítimo de las facultades que la Constitución Nacional le atribuye al Poder Ejecutivo Nacional (cf. art. 99 incs.

1 y 2). Asimismo, de las leyes 17.319, 24.076, 25.561 y 26.197 surge que el Poder Ejecutivo se encuentra facultado para modificar las tarifas al consumo del gas.

Por todo lo expuesto, concluye que no debe aplicarse el principio de legalidad en materia tributaria.

-III-

En las presentes actuaciones, se cuestiona el alcance de normas federales (leyes 17.319, 24.076, 25.561 y 26.197, y aquellas dictadas en consecuencia) y de actos de autoridad nacional (decreto 2067/08, y resoluciones 1451/08 y 563/08), y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa por ser contraria al derecho que la apelante funda en ella (art. 14, inc. 3, ley 48). Por lo tanto, entiendo que el recurso extraordinario es admisible.

-IV-

La cuestión a dilucidar consiste en si el cargo creado mediante el decreto 2067/08 es un tributo -en cualquiera de sus manifestaciones- o un cargo tarifario, en tanto de ello depende la aplicación del principio de legalidad en materia tributaria.

Para ello, corresponde analizar el marco normativo que precedió al dictado del decreto, ya que de él surgen las razones que justificaron la creación del cargo.

El Estado Nacional tiene la obligación de asegurar el abastecimiento interno de gas natural. En efecto, la ley 17.319 establece que el Poder Ejecutivo Nacional “fijará la política nacional con respecto a las actividades [relativas a la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos], teniendo como objetivo principal satisfacer las necesidades de hidrocarburos del país con el producido de sus yacimientos, manteniendo reservas que aseguren esa finalidad” (cf. art. 3). Más específicamente, y en lo que nos concierne, agrega que “el Poder Ejecutivo establecerá el régimen de importación de los hidrocarburos y sus derivados asegurando el cumplimiento del objetivo enunciado por el artículo 3” (cf. art. 7).

Por su parte, la ley 24.076, que regula el transporte y distribución del gas natural, prevé cómo se determinará la tarifa del servicio de gas: “[las tarifas] se ajustarán de acuerdo a una metodología elaborada en base a indicadores de mercado internacional que reflejen los cambios de valor de bienes y servicios representativos de las activida-

des de los prestadores. Dichos indicadores serán a su vez ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones. La metodología reflejará cualquier cambio en los impuestos sobre las tarifas” (cf. art. 41). Asimismo, faculta a la administración a fijar dicha tarifa, puesto que dispone que el Ente Nacional Regulador del Gas “establecer[á] las bases para el cálculo de las tarifas [...], controlar[á] que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las correspondientes habilitaciones y con las disposiciones de esta ley” y “aprobar[á] las tarifas que aplicarán los prestadores” (cf. art. 52, incisos e y f).

En este marco, y a partir de las consecuencias generadas por la emergencia económica declarada en la ley 25.561, el Poder Ejecutivo Nacional adoptó ciertas medidas para evitar la insuficiencia del suministro interno de gas natural.

Con tal fin, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el decreto 2067/08 -invocando el art. 99 incs. 1 y 2 de la Constitución Nacional-, encomendó al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, con asistencia de la Secretaría de Energía y los Entes Reguladores, la creación de un Fondo Fiduciario para atender las importaciones de gas natural que sean requeridas para satisfacer las necesidades nacionales de dicho hidrocarburo, garantizar el abastecimiento interno y la continuidad del crecimiento del país y sus industrias (cf. art. 1). En este sentido, dispuso que los organismos mencionados fijaran el valor de los cargos que integrarían aquel Fondo Fiduciario (cf. art. 6).

El citado Ministerio, mediante la resolución 1451/08, estableció la reglamentación del Fondo Fiduciario creado por el decreto e instruyó a la Secretaría de Energía y al Ente Nacional Regulador del Gas para que, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, determinen el valor de los cargos y los agentes de percepción de los mismos. En consecuencia, el Ente Nacional Regulador del Gas, a través de la resolución 563/2008, dispuso la implementación los cargos aprobados por el Ministerio por medio de la providencia 3061 de fecha 12 de diciembre de 2008.

En este marco, la cuestión planteada en este recurso -relativa a la naturaleza del cargo- es sustancialmente análoga a la examinada en la causa E.280.XLIV, “Establecimiento Liniers S.A. c/ Estado Nacional - Ley 26.095 - Ministerio de Planificación - Resol. 2008/06 y otros s/ amparo ley 16.986”. En ese caso, la Corte Suprema compar-

tió los fundamentos y conclusiones de este Ministerio Público Fiscal, que sostuvo que los cargos específicos creados por el decreto 1216/06 constituían un componente de la tarifa del servicio de gas y que, por consiguiente, su determinación no se encontraba sujeta al principio de legalidad en materia tributaria. Del mismo modo, del marco normativo precedentemente expuesto, se sigue que el cargo creado por el decreto 2067/08 constituye un componente de la tarifa del servicio de gas, en tanto fue creado para satisfacer el abastecimiento interno de gas natural.

En virtud de los fundamentos allí expuestos, opino que corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 15 de mayo de 2014. *Irma Adriana García Netto*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Alliance One Tobacco Argentina S.A. c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional s/ ordinario”.

Considerando:

1º) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, al rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada, confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la acción promovida por Alliance One Tobacco Argentina S.A. en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y, en consecuencia, declarado la inconstitucionalidad del decreto nacional 2067/08, de la resolución ministerial 1451/08, de la resolución del Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas) 563/08 y de toda otra normativa por la cual se reglamentó el cargo tarifario establecido en el mencionado decreto. Para decidir de tal modo, la cámara sostuvo que dicho cargo —previsto en el art. 2º del decreto—, era en realidad un tributo creado sin sustento legal, por lo que vulneraba claramente el principio de legalidad que rige en la materia. Contra tal pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario que fue concedido.

2°) Que, en el caso, media cuestión federal suficiente para la apertura de la instancia extraordinaria, pues se ha puesto en tela de juicio el alcance y la validez de normas de índole federal —en particular la ley 24.076 y el decreto 2067/08—, y la decisión ha sido adversa al derecho que en ellas fundó el apelante (art. 14, incs. 1° y 3° de la ley 48). Además, en esta materia la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del tribunal, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado según la interpretación que rectamente corresponda (Fallos: 307:1457; 310:2682; 311:2553; 319:2931 y 327:5416).

3°) Que el Poder Ejecutivo Nacional, el 27 de noviembre de 2008, dictó el decreto 2067 por el cual creó un fondo fiduciario destinado a financiar las importaciones de gas natural necesarias para satisfacer los requerimientos del mercado interno (art. 1°), el que se integraría con “cargos tarifarios a pagar por los usuarios de los servicios regulados de transporte y/o distribución, por los sujetos consumidores de gas que reciben directamente el gas de los productores sin hacer uso de los sistemas de transporte o distribución de gas natural y por las empresas que procesen gas natural”, más los recursos que se obtengan de programas especiales de crédito y los aportes específicos que pudieran realizar los sujetos activos del sector (art. 2°). El valor de los cargos sería fijado por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios con asistencia del Enargas y se iría ajustando en tanto resultara necesario para atender el pago de las aludidas importaciones (art. 6°). La medida, según las consideraciones del decreto, tuvo por finalidad asegurar el abastecimiento interno de gas natural para garantizar la continuidad del crecimiento económico del país, y tuvo como causa la adopción de ciertas medidas derivadas de la ley de emergencia 25.561 más la falta de inversión suficiente en el sector de producción.

4°) Que, por su parte, la ley 24.076 establece el marco regulatorio de los servicios de transporte y distribución de gas natural (art. 1°) y prevé que la tarifa de gas a los consumidores será igual a la suma de tres conceptos: a) el precio del gas “en el punto de ingreso al sistema de transporte”, b) la tarifa de transporte y c) la tarifa de distribución. La ley regula estos dos últimos conceptos previendo, entre otros aspectos, que deben ofrecer una rentabilidad razonable a transportistas y distribuidores; que deberán tomarse en cuenta las diferencias que puedan existir entre los distintos tipos de ser-

vicios; que se actualizarán según indicadores del mercado internacional, los que se ajustarán a su vez, en más o en menos, con el fin de estimular la eficiencia e inducir determinadas inversiones (aspectos éstos que fueron alterados por la ley 25.561); que la venta de gas de los distribuidores a los consumidores incluirá el costo de su adquisición; y que se prohíben los subsidios cruzados, vale decir, que no se permite que los costos atribuibles al servicio prestado a un consumidor o grupo de consumidores pueda ser recuperado mediante tarifas cobradas a otros consumidores, ello sin perjuicio de los subsidios que el Congreso, a pedido del Poder Ejecutivo, contemple expresamente en el presupuesto nacional (arts. 37 a 49 de la ley 24.076).

Con relación al primero de los conceptos que conforman la tarifa, esto es, el precio del gas en el punto de ingreso al sistema de transporte, la ley solo prevé que resultará del libre juego de la oferta y demanda entre productores, comercializadores y consumidores (arts. 12, 13 y 83, último párrafo, de la ley 24.076; arts. 2°, punto 3, y 37, punto 1, de su decreto reglamentario 1738/92), y encomienda al Enargas la prevención de conductas anticompetitivas, monopólicas o indebidamente discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria. Asimismo autoriza las importaciones de gas sin necesidad de aprobación previa (art. 3° de la ley 24.076). Por su parte, en el art. 7° de la ley 17.319 —también citada en el decreto 2067/08— se faculta al Poder Ejecutivo a establecer el régimen de importación de los hidrocarburos y sus derivados para asegurar el cumplimiento del objetivo enunciado por el art. 3°, esto es, “satisfacer las necesidades de hidrocarburos del país”.

5°) Que de las normas enunciadas se desprenden dos conclusiones. En primer lugar, que la Administración no se encuentra impedida de disponer por sí la importación de gas natural para cubrir las necesidades internas de tan esencial elemento cuando la producción nacional no resulte suficiente, aun cuando la ley también autorice a otros sujetos a realizar tales operaciones sin necesidad de aprobación previa (art. 3° de la ley 24.076). En segundo término, surge de tales normas que la modalidad de pago prevista en el decreto 2067/08 para afrontar las importaciones tiene naturaleza tarifaria, razón por la cual no se encuentra sujeta al principio de legalidad en materia tributaria (conf. Fallos: 331:1942).

6°) Que, en efecto, el cargo previsto en el art. 2° del decreto 2067/08 no constituye un tributo sino un componente más de la tarifa, que representa la parte del precio del gas importado que debe afrontar el usuario y tiene relación proporcional con los metros cúbicos de gas que recibe. Cabe destacar al respecto que, según el decreto, no todo el costo del gas debería financiarse con el cargo, puesto que también se incluyen en el fondo fiduciario a los recursos procedentes de programas especiales de crédito y los aportes específicos de sujetos activos del sector. Además, la vinculación entre el consumo y el valor del cargo quedó establecida en las resoluciones del Enargas 563 y 615, del 15 de diciembre de 2008 y 26 de enero de 2009, respectivamente. Mediante la resolución citada en último término se aprobó la “Metodología para la Facturación, Percepción, Información y Depósito de los Cargos Decreto 2067/08”, según la cual, en cada factura que las distribuidoras y subdistribuidoras emitan a los usuarios alcanzados por el decreto, deberán incluir por separado el monto resultante de aplicar a los metros cúbicos entregados, el cargo correspondiente a la categoría de usuario o cliente prevista en la resolución 563. Posteriormente, por medio de la resolución 1993 del 25 de noviembre de 2011, se instruyó a las distribuidoras “a facturar a todos los usuarios residenciales el Cargo y el subsidio correspondiente en forma anualizada en cada período de facturación con la posterior consolidación correspondiente al volumen real consumido” (art. 5°).

7°) Que, de acuerdo con lo expuesto, mediante el decreto 2067/08 no se alteró el sistema originalmente previsto en la ley 24.076 para calcular las remuneraciones por los servicios de transporte y distribución, que conformaban la tarifa, sino que se desdobló el tercer componente de la tarifa —el precio del gas natural—, manteniéndose, por un lado, el precio del gas en el punto de ingreso al sistema de transporte y agregándose, por otro, el precio resultante del gas importado. Este componente, en consecuencia, representará en lo sucesivo no solamente el costo vigente en el mercado interno, sino, además, el costo de los volúmenes de gas que el Estado debe adquirir en el exterior para satisfacer la demanda interna.

8°) Que, en tales condiciones, la definición del precio del gas como “tarifa” encuentra sustento, en el modo en que el legislador ha conceptualizado al instituto en tratamiento (principalmente, ley 24.076), cuyas manifestaciones constituyen, como ha dicho en reiteradas ocasiones esta Corte, la primera fuente de interpretación de la ley (Fallos:

311:1042; 312:1098, entre otros), y cuya inconsecuencia o imprevisión no cabe suponer (Fallos: 310:195; 321:2453, entre otros).

9°) Que, finalmente, la actora sostiene que aun en el supuesto en que se considere que el cargo es una tarifa y no un tributo, el decreto impugnado viola los mecanismos del marco regulatorio que garantizan al usuario el derecho a pagar por lo que efectivamente consume (fs. 324 vta. y 40). Este planteo tampoco puede prosperar.

En efecto, la ley 24.076 establece, en lo que aquí interesa, que el precio del gas a incluir en la tarifa de los usuarios es el precio del gas en el punto de ingreso al sistema de transporte (art. 37, inc. a) y que el traslado a la tarifa de los costos de adquisición del hidrocarburo por el distribuidor será controlado por el ente regulador (art. 37, inc. c). En el mismo sentido, la ley prohíbe la existencia de subsidios cruzados (art. 41), esto es que unos usuarios paguen lo que otros efectivamente consumen.

Sin embargo, la demandante no demuestra que el valor del cargo que paga por el gas importado exceda el costo de lo que realmente consume por ese concepto, ni alega fundadamente la irrazonabilidad del método utilizado para su cálculo. Al respecto, se limita a afirmar que el decreto 2067/08 no establece en forma identificada a quienes se va a destinar el gas natural importado, sin hacerse cargo del régimen de excepciones que rige en virtud de los arts. 7° y 8° de la norma que impugna, ni demostrar la irracionalidad de las distinciones realizadas por la autoridad administrativa sobre esa base. Tampoco se hace cargo de la participación que dichas normas le asignan al ente regulador en la fijación del valor de los cargos en cuestión.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas en el orden causado. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, demandado en autos, representado por la Dra. Ana Inés Rosa.

Traslado contestado por Alliance One Tobacco Argentina S.A., actora en autos, representada por el Dr. Washington Álvarez.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Salta.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Salta n° 1.**

CODINA, HECTOR c/ ROCA ARGENTINA S.A. s/ LEY 23.551

ASOCIACIONES GREMIALES DE TRABAJADORES

Cabe dejar sin efecto la sentencia que había rechazado la indemnización establecida en el art. 52 de la ley 23.551 para los supuestos de violación de la garantía de estabilidad que ampara a los dirigentes gremiales, pues el a quo se abstuvo de examinar la constitucionalidad del precepto impugnado so pretexto de infringir los términos en que quedó trabaja la litis.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El ejercicio del control de constitucionalidad de oficio, en el marco de las competencias y regulaciones procesales correspondientes, presupone que el contralor normativo a cargo del juez se realiza en un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas y la descalificación constitucional se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto que entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución, siendo la actividad probatoria de las partes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación.

-Del precedente “Rodríguez Pereyra” (Fallos:335:2333), al que la Corte remite-.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Si bien los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el

control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Constitución Nacional) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, la constitucional, desechando la de rango inferior (Voto del juez Carlos S. Fayt). -Del precedente “Rodríguez Pereyra” (Fallos: 335:2333), al que se remite-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo hizo suyo el dictamen del fiscal general ante ese tribunal y confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó la demanda por cobro de la indemnización especial prevista en el art. 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales -LAS-, n° 23.551 (v. fs. 450, fs. 448, fs. 426/429, respectivamente, de los autos principales que se citarán en lo sucesivo).

Para así decidir, el a quo sostuvo que no existía debate sobre los aspectos fácticos de la controversia, pues no había discusión acerca de la pertenencia del actor a una entidad sindical simplemente inscripta, y que el tema sólo se ceñía a la cuestión de la interpretación y alcance de las normas que diseñan la garantía a los representantes sindicales la que solo beneficia a quienes ejercen en las asociaciones sindicales con personería gremial conforme el art. 48 de la LAS.

Agregó que los cuestionamientos que realizó el quejoso a la validez constitucional del régimen jurídico aplicable, no fueron materia de debate en la instancia pertinente, y que por lo tanto rige la limitación dispuesta por el art. 277 del CPCCN. A todo ello sumó que no se efectúa planteo alguno destinado a desplazar lo expresamente establecido por la disposición legal citada y que tampoco se planteó que hubiese trato desigual desde la perspectiva de la Ley Antidiscriminatoria (n° 23.592).

Contra dicha decisión, la actora interpuso recurso extraordinario federal, que fue denegado y motivó la presentación directa en examen (fs. 454/463, fs. 470 y fs. 33/41 del cuaderno respectivo).

-II-

En mi opinión, en cuanto a la admisibilidad del recurso extraordinario advierto que en él no se indica el momento en el que se presentaron por primera vez las circunstancias relevantes que estén relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal, ni de cuándo y cómo el recurrente introdujo el planteo respectivo y, en su caso, lo mantuvo con posterioridad. Exigencia que en el trámite se hace necesaria en la medida en que la demanda se apoyó exclusivamente en normas de derecho común (arts. 48 y 52 de la ley 23.551), con la pretensión de la actora solamente de una indemnización agravada, sin haberse alegado sobre el punto, tan siquiera mencionado, la afectación concreta de algún derecho constitucional (v. fs. 4/9)

Tal extremo es un criterio reiterado de V.E en cuanto tiene establecido que el caso federal, base del recurso extraordinario, debe introducirse en la primera ocasión posible en el curso del proceso, pues tanto el acogimiento como el rechazo de las pretensiones de las partes son eventos previsibles que obligan a su oportuna articulación (Fallos: 297:285; 298:368; 302:194; 303:2091; 308:733 y 312:2340), sin que se exija ritos sacramentales, sólo basta una mínima mención, la que faltó en la pretensión debatida ante el juez de primera instancia que reprochó el a quo en términos que la recurrente no cuestiona en este aspecto.

Esa exigencia resultaba de suma importancia en el caso, por cuanto uno de los fundamentos de la confirmación del rechazo de la demanda por parte del a quo, fue la falta de cuestionamiento constitucional, ante el juez de la instancia, del régimen jurídico aplicable. Esta decisión de la Cámara se apoyó en el art. 277 del CPCCN; asimismo se reprochó la falta de una imputación de discriminación que justifique un análisis con la amplitud que contempla la mencionada ley n° 23.592 (v. fs. 450), temas de los cuales no se hace cargo el recurrente en su impugnación federal.

Por las razones expuestas, opino que corresponde desestimar la presentación deducida. Buenos Aires, 11 de febrero de 2011. *Marta A. Beiró de Gonçalves.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Codina, Héctor c/ Roca Argentina S.A. s/ ley 23.551”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al confirmar lo resuelto en primera instancia, rechazó la indemnización establecida en el art. 52 de la ley 23.551 para los supuestos de violación de la garantía de estabilidad que ampara a los dirigentes gremiales (fs. 450 de los autos principales a cuya foliatura se hará referencia en lo sucesivo) que había sido demandada por quien ocupó el cargo de “revisor de cuentas suplente” de una asociación gremial simplemente inscripta. Contra tal pronunciamiento el vencido dedujo el recurso extraordinario (fs. 454/464) cuya denegación dio origen a la queja en examen.

2°) Que, para decidir del modo en que lo hizo, el a quo consideró, en síntesis, que la norma del art. 48 de la ley citada limita la intensa garantía invocada a los representantes de las asociaciones sindicales con personería gremial y que “el cuestionamiento que realizó el quejoso a la validez constitucional del régimen jurídico aplicable (al plantear el recurso de apelación), no fue materia de debate (en la oportunidad de la traba de la litis)”, por lo que regía la limitación dispuesta por el art. 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

3°) Que la deficiencia señalada por la Sala VIII acerca del incumplimiento de uno de los recaudos previstos en el reglamento aprobado por la acordada 4/2007 (fs. 470), como así también las inobservancias que se advierten en el recurso de hecho CSJ 387/2009 (45-C), no constituyen, en el caso, un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva (arts. 2°, 4° y 11, respectivamente, del mencionado reglamento).

De tal modo, los agravios del remedio federal que objetan lo resuelto en torno a la desestimación del planteo de inconstitucionalidad son procedentes. La cuestión es sustancialmente análoga a la tratada y resuelta en el precedente “Rodríguez Pereyra” (Fallos 335:2333, considerandos 6° a 13), a cuyas consideraciones y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

El juez Fayt remite, en lo pertinente, a su voto individual en dicha causa.

4°) Que, con arreglo a lo expresado, corresponde descalificar la solución consagrada en el fallo apelado en la medida en que el tribunal se abstuvo de examinar la constitucionalidad del precepto impugnado en estas actuaciones so pretexto de infringir los términos en que quedó trabada la litis.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia*)— ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)— CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se lo desestima. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de hecho interpuesto por **el actor**, representado por la Dra. **Rosalía Isabel de Tejería**, con el patrocinio letrado de la Dra. **María de los Ángeles Noya**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII**.
Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 55**.

ESTADO NACIONAL - MINISTERIO DE PLANIFICACION
FEDERAL INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS c/
ASEGURADORA DE CREDITOS Y GARANTIAS S.A. Y OTRO S/
PROCESO DE CONOCIMIENTO

ACUMULACION DE PROCESOS

Dado que la materia litigiosa y el elemento objetivo de la acción incoada en el sub lite-ejecución de la garantía de cumplimiento, instrumentada mediante un seguro de caución, del contrato de concesión de servicios postales-, son diversos del proceso cuya acumulación se pretende y en el que -quien fuera concesionario y tomador del seguro de caución- persigue la nulidad del acto rescisorio del contrato de concesión, no se hallan configurados los recaudos exigidos por los artículos 188 y 190 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a fin de acumular ambos procesos, circunstancia que impide considerar que la sentencia a dictarse en uno de ellos pueda producir efectos de cosa juzgada en el otro o que podrían dictarse sentencias contradictorias provocando así un escándalo jurídico.

SEGURO DE CAUCION

El siniestro -en los seguros de caución- se configura por el incumplimiento de la obligación garantizada una vez declarado mediante el acto

formal previsto en la póliza, y la causa o la medida de ese incumplimiento no afectan el derecho del asegurado, sin perjuicio de que el concesionario, tomador de la póliza, pueda discutir en sede judicial o administrativa los motivos invocados por el comitente (beneficiario) y que el asegurador, en su caso, una vez cancelada la indemnización en favor de éste último, pueda obtener -bajo ciertas circunstancias- su devolución por parte del tomador.

SEGURO DE CAUCION

Los seguros de caución tienen como nota esencial y propia, el carácter expeditivo de la ejecución de la garantía ante el solo incumplimiento del tomador, sin que obste a ello, la circunstancia de que el decreto 411/69 prescriba que una vez “firme” la resolución dictada dentro del ámbito interno del ente estatal asegurado, que establezca la responsabilidad del participante o adjudicatario por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, el asegurado tendrá derecho a exigir al asegurador el pago pertinente, luego de haber resultado infructuosa la intimación extrajudicial de pago hecha a aquél (artículo 10 inciso e).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 865/867 de los autos principales (foliatura a la que me referiré en adelante), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala II) modificó parcialmente la sentencia de la instancia anterior y dispuso, en lo que aquí interesa, la acumulación del expediente N° 16.807/04, caratulado “Correo Argentino S.A. c/ Estado Nacional -Dto. 1074 y 1075/03 s/ proceso de conocimiento” -en trámite ante el Juzgado N° 1 del fuero- a la presente causa, donde se pretende ejecutar la póliza del seguro de caución que garantizó el contrato de concesión celebrado entre Correo Argentino S.A. y el Estado Nacional.

Para así decidir, el tribunal advirtió que dos magistrados del mismo fuero están llamados a examinar la validez de las mismas disposiciones relacionadas con la rescisión del contrato mencionado y, por tal motivo, entendió que es menester el dictado de una sentencia única

que resuelva ambos procesos, en atención a la conexidad de acciones y por encontrarse reunidos los presupuestos legales previstos por el art. 188 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

-II-

Disconforme con este pronunciamiento, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 871/889 que, denegado, dio origen a la presente queja.

En lo sustancial, aduce que la sentencia viola derechos y garantías constitucionales y es arbitraria por hallarse infundada, puesto que difiere por “un tiempo incalculable” la decisión a dictarse al acumular la presente causa a un proceso en el cual Correo Argentino S.A. tendrá el completo manejo de los tiempos procesales. Al respecto, pone de manifiesto que, en un claro apartamiento de lo dispuesto por el art. 188 del código de rito, se le niega la posibilidad de que el reconocimiento de su crédito se efectúe en un plazo prudencial, suspendiendo indefinidamente la percepción de ese dinero que integra el erario público y compromete así el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado.

Por otra parte, sostiene que no existe la posibilidad de que, por el tenor de las sentencias a dictarse en cada uno de los procesos que erróneamente se acumulan, se genere un escándalo jurídico y, finalmente, alega que el tribunal no tuvo en cuenta la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad de las que goza el decreto 1075/03, de conformidad con lo prescripto por el art. 12 del decreto-ley 19.549/72.

-III-

A mi modo de ver, la sentencia apelada resulta equiparable a la resolución definitiva que exige el art. 14 de la ley 48, en tanto ocasiona a la actora un perjuicio de dificultosa reparación ulterior, pues al imponer la acumulación de los procesos y el dictado de una sentencia única, la priva de obtener una eficaz defensa de sus derechos en desmedro de la expeditiva protección judicial que requiere el derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional).

Sentado lo anterior, entiendo que, si bien los agravios del apelante remiten al examen de cuestiones de derecho común y procesal -materias propias de los jueces de la causa y ajenas, como regla y por su naturaleza, al recurso extraordinario- ello no resulta óbice para su consideración por la vía intentada cuando lo resuelto no constituye una

derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 330:1469).

Al respecto, procede recordar que mediante el decreto 1075/03 se rescindió, por culpa del concesionario, el contrato suscripto entre el Estado Nacional y Correo Argentino S.A. mediante el cual se concedió a esta empresa el servicio oficial de correos, comprendiendo todos los servicios postales, monetarios y de telegrafía que prestaba la entonces Empresa Nacional de Correos y Telégrafos (ENCOTESA), como así también los restantes servicios que la concesionaria estuviera habilitada a realizar (v. decreto 840/1997). Asimismo, se instruyó a la Secretaría de Comunicaciones del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, para que procediera a la inmediata ejecución de la garantía de conformidad con lo previsto en el numeral 30.2 del contrato de concesión (art. 11).

Por su parte, la resolución 843/04 de la Comisión Nacional de Comunicaciones dispuso la ejecución de las garantías integradas por la Póliza de Seguro de Caucción N° 522.725, emitida por la Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. y la Garantía Bancaria de Ejecución instrumentada por la Fianza Solidaria N° 26.076 emitida por el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.

Según surge de las constancias de la causa, ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1 tramita el expediente N° 41.638/2004, caratulado “Correo Argentino S.A. c/ Estado Nacional s/ ordinario”, en el cual se requirió la declaración de nulidad de los decretos 1074/03 y 1075/03, como así también de las resoluciones 843/04 y 1776/04 de la Comisión Nacional de Comunicaciones y de todos aquellos actos que sean consecuencia de la decisión de rescindir el contrato de concesión mencionado. A su vez, en el presente caso, el Estado Nacional pretende ejecutar la póliza del seguro de caución emitida por la empresa Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. en el marco del contrato antes aludido, ante el incumplimiento por parte de Correo Argentino S.A. con respecto al pago del canon establecido.

De lo expuesto se desprende que en el *sub lite* no se hallan configurados los recaudos que exigen las normas procesales para que proceda la acumulación de las causas que solicita la demandada en los términos de los arts. 188 y 190 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En primer lugar, no se verifica la identidad de partes al haberse rechazado la citación de terceros, sin que la interesada hubiera recurrido

este aspecto de la sentencia (art. 88 del código de rito). Por otra parte, tal como surge de la reseña antes expuesta, la diversidad que se advierte en el objetivo final de cada uno de los procesos que se pretenden acumular impide considerar que la sentencia a dictarse en uno de ellos pueda producir efectos de cosa juzgada en el otro o que podrían dictarse sentencias contradictorias provocando así un escándalo jurídico.

En tales condiciones, entiendo que el pronunciamiento apelado -que se aparta injustificadamente de las normas aplicables y omite expedirse sobre cuestiones oportunamente planteadas y que son conducentes para la solución del caso- exhibe defectos de fundamentación que afectan en forma directa e inmediata las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15 de la ley 48), circunstancia que habilita a descalificarlo como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias.

-IV-

Opino, por tanto, que corresponde hacer lugar a la queja interpuesta, dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver las actuaciones al tribunal de procedencia a fin de que se dicte una nueva conforme a lo expuesto. Buenos Aires, 29 de mayo de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho interpuesto por el actor en la causa Estado Nacional – Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios c/ Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. s/ proceso de conocimiento”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal modificó parcialmente la sentencia de primera instancia y dispuso la acumulación del expediente n° 16.807/04, caratulado “Correo Argentino S.A. c/ Estado Nacional - dto. 1074 y 1075/03 s/ proceso de conocimiento” —en trámite ante el Juzgado n° 1 del fuero— a la presente causa. Contra tal pronunciamiento,

el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 871/887, cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que para así resolver, el a quo afirmó que en estas actuaciones el Estado Nacional pretende ejecutar contra Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. la garantía de cumplimiento —instrumentada mediante un seguro de caución— del contrato de concesión de servicios postales que celebró con el Correo Argentino; mientras que en la causa n° 16.807/04, este último persigue la nulidad del decreto 1075/2003 —por el cual el Poder Ejecutivo Nacional rescindió dicho contrato de concesión e instruyó a la ejecución de la garantía— y de las resoluciones 843 y 1176, ambas de 2004, de la Comisión Nacional de Comunicaciones que dispusieron su ejecución. Sobre esta base, la cámara consideró que prima facie dos magistrados “están llamados a examinar la validez de las mismas disposiciones relacionadas con el contrato de marras”, razón por la cual para evitar el escándalo que representaría el dictado de eventuales sentencias contradictorias y su imposibilidad de ejecución, debían acumularse ambas acciones habida cuenta de su conexidad en los términos del artículo 188 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

3º) Que el Estado Nacional, en lo sustancial, sostiene que se encuentran en tela de juicio normas de naturaleza federal. Aduce que —contra lo que se desprende de la sentencia apelada— la ejecución de la garantía no está condicionada a la previa declaración judicial de validez del acto administrativo que declaró incumplido el contrato; que ello es así pues el decreto 1075/2003 goza de presunción de legitimidad; y que la única condición para la ejecución “inmediata y automática” de la garantía, en los términos de la póliza, es el incumplimiento del concesionario determinado por un acto del comitente dictado en su ámbito interno. Atribuye una decisiva carencia de fundamentación al fallo y la omisión de examen de cuestiones decisivas oportunamente propuestas. Sostiene que, al diferir el cobro de su acreencia y someterlo a un proceso cuyo control le es ajeno y en el que a cinco años de iniciado la demanda no fue notificada, la sentencia apelada le irroga un gravamen irreparable. A este respecto, afirma que la cámara incurrió en un claro apartamiento del artículo 188 del código procesal al negarle el reconocimiento de su derecho en un plazo prudencial. Invoca gravedad institucional con sustento en que la suspensión indefinida de la percepción de la garantía compromete el desenvolvimiento de funciones esenciales del Estado.

4°) Que la decisión apelada es equiparable a definitiva pues origina al apelante un perjuicio de dificultosa reparación ulterior por dilatar injustificada e innecesariamente la satisfacción plena de su derecho, con desmedro de la expeditiva y eficaz protección judicial que exige el derecho de defensa en juicio (“Correo Argentino S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por la concursada al crédito del Estado Nacional Argentino”, publicada en Fallos: 332:479 y su cita).

5°) Que el recurso extraordinario es admisible pues se controvierte el alcance de normas federales y el pronunciamiento dictado por el superior tribunal de la causa ha sido contrario al derecho que la recurrente fundó en ellas (artículo 14 inciso 3° de la ley 48). Cabe recordar que en esa tarea, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del a quo ni de los litigantes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado de acuerdo a la inteligencia que rectamente le otorgue (Fallos: 323:2054; 325:1194; 326:3038, 4711; 327:1220).

Asimismo, corresponde abocarse al examen de los agravios fundados en la arbitrariedad de sentencia en la medida en que se encuentran inescindiblemente unidos a la interpretación de normas federales (Fallos: 314:529, 315:411 y 321:703).

6°) Que a modo de síntesis de los antecedentes relevantes de la causa es menester precisar que de conformidad con las exigencias del pliego y del contrato de concesión de los servicios postales prestados por la entonces Empresa Nacional de Correos y Telégrafos S.A. (ENCOTESA), el Correo Argentino S.A. contrató con la empresa Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. —en adelante también LA ASEGURADORA o ACGSA— un seguro de caución en garantía de cumplimiento de las obligaciones que había asumido como concesionario (decretos 265 y 840, ambos de 1997; numeral 9.9.2 y 9.9.3 del pliego; 32 del contrato). De este modo, el Correo Argentino S.A. fue el tomador del seguro de caución; Aseguradora de Créditos y Garantías Sociedad Anónima, la aseguradora; y el Estado Nacional, el beneficiario. Del total de \$ 50.000.000 previstos en el contrato como garantía, ACGSA asumió \$ 42.735.000.

Mediante el decreto 1075/2003 (fs. 28/30), el Poder Ejecutivo Nacional, rescindió, por culpa del concesionario, el contrato de concesión con

el Correo Argentino S.A. e instruyó a la Secretaría de Comunicaciones del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios a que “proceda a la inmediata ejecución de la garantía de conformidad con lo previsto en el Numeral 30.2 del Contrato de Concesión”.

En cumplimiento de la instrucción referida, mediante resolución 843/2004 (fs. 223/226) la Comisión Nacional de Comunicaciones dispuso intimar al Correo Argentino S.A. a fin de que, en el plazo de cinco días corridos de notificada, proceda a integrar la garantía de \$ 50.000.000 y fijó un plazo de quince días corridos para que en caso de incumplimiento del concesionario, la Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. haga efectiva la garantía por el monto que afianzó. Mediante resolución 1176/2004 (fs. 289/302), la Comisión Nacional de Comunicaciones rechazó los recursos de reconsideración interpuestos por Correo Argentino y ACGSA contra la resolución 843/2004. Ni uno ni otra (fs. 258), cumplieron con la intimación de pago. Por ello, el Estado Nacional demandó en el sub lite a Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. la efectivización del seguro de caución (póliza n° 522.725, fs. 414/419) por el monto garantizado de \$ 42.735.000.

7°) Que la resolución del sub examine exige determinar si —como sostiene el Estado Nacional— la ejecución de la garantía del contrato de concesión instrumentada mediante el seguro de caución asumido por la demandada deviene expedita de manera inmediata ante el solo incumplimiento de aquél declarado por acto administrativo del comitente (en el caso, el decreto 1075/2003 mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional rescindió la concesión que le había otorgado al Correo Argentino S.A.); o si, en cambio, la ejecución queda condicionada a la previa decisión judicial sobre la validez de dicho acto rescisorio, como se desprende en última instancia de la sentencia apelada, en posición coincidente a la asumida por LA ASEGURADORA y sobre cuya base se dispuso la acumulación de la presente y el expediente en el que tramita la nulidad que contra aquél impetró el concesionario Correo Argentino S.A.

8°) Que el seguro de caución tiene como objeto principal garantizar en favor de un tercero —el beneficiario— las consecuencias de los posibles incumplimientos del tomador, vinculado con el beneficiario por un contrato anterior a la caución y del cual ésta resulta accesoria. Se destaca así la inexistencia de un verdadero riesgo asegurable —un hecho ajeno a la voluntad de las partes—, sino que lo que se “asegura” es,

por el contrario, el incumplimiento imputable al tomador con relación a sus obligaciones frente al beneficiario. El negocio jurídico aparece así como un verdadero contrato de garantía bajo la forma y modalidades del contrato de seguro, donde el asegurador garantiza, como ya se dijo, el cumplimiento de las obligaciones del tomador frente al beneficiario (Fallos: 315:1406).

9º) Que la ley 17.804 autorizó la integración de las garantías previstas en la ley 13.064 (de mantenimiento de oferta, de ejecución de contrato y fondo de reparo) mediante seguros de caución, como alternativa a su realización en efectivo, fianza bancaria o depósito de títulos públicos, entre otros. Esta posibilidad de afianzar la garantía de cumplimiento de los contratos administrativos mediante seguros de caución libera al contratista de la carga de tener que integrarla con recursos propios —adicionalmente inmovilizados por el plazo previsto en aquéllos—, provenientes de préstamos bancarios u otros medios onerosos y de la eventual afectación que tales erogaciones pudiera tener sobre su liquidez para solventar la ejecución del contrato o aun para acceder a nuevos mutuos para financiarla.

10) Que, sin embargo, dicho carácter sustitutivo del seguro de caución no supone para el Estado menores beneficios o derechos en relación a la integración de la garantía, en efectivo o mediante otros instrumentos de inmediata ejecución en caso de incumplimiento. El decreto 411/69 —que reguló en general el seguro de caución, fs. 24 del principal— es inequívoco en sus considerandos: “las condiciones básicas (de aquél) deben sujetarse tanto a las exigencias que impone una prudente administración como a los requerimientos técnicos de la operatoria aseguradora, a fin de armonizar todos los factores en juego, sin que ello signifique disminuir las facultades del Estado, en su carácter de contratante de obras públicas, sobre las garantías constituídas de acuerdo con el régimen vigente hasta el dictado de la ley 17.804”. En análogo sentido, su artículo 1º, inciso d estableció que, entre sus condiciones básicas, los seguros de caución expresamente deben prever que “el asegurador responderá con los mismos alcances y en la misma medida en que, de acuerdo con la ley y el contrato respectivo, corresponda afectar total o parcialmente las garantías a que hacen referencia los Artículos 14, 21 y 46 de la Ley 13064”.

La resolución 17.047/82 de la Superintendencia de Seguros de la Nación (fs. 31/32 del principal) aprobó con carácter general y uniforme las condiciones generales y particulares para la emisión de garantías caucionales en licitaciones y contrataciones públicas. Dentro de las primeras estableció que “el asegurador se constituye en fiador solidario, liso y llano y principal pagador de la garantía prevista en el pliego o en el contrato, según corresponda”. El anexo correspondiente a las condiciones particulares de las pólizas de seguros de caución en garantía de cumplimientos de contratos, reprodujo las previsiones del decreto 411/69.

11) Que los seguros de caución tienen como nota esencial y propia, el carácter expeditivo de la ejecución de la garantía ante el solo incumplimiento del tomador. No obsta a tal conclusión, la circunstancia de que el decreto 411/69 prescriba que una vez “firme” la resolución dictada dentro del ámbito interno del ente estatal asegurado, que establezca la responsabilidad del participante o adjudicatario por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, el asegurado tendrá derecho a exigir al asegurador el pago pertinente, luego de haber resultado infructuosa la intimación extrajudicial de pago hecha a aquél (artículo 1° inciso e). Admitir —como postuló la demandada en autos— que el decreto no refiere al denominado acto definitivo que causa estado sino a aquél “acto firme” que adquiere tal carácter por haber sido rechazada su nulidad por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, importaría desconocer que el propio decreto equipara —a todos sus efectos— al seguro de caución con los otros medios de integración de la garantía de ejecución de los contratos administrativos, de inmediata disponibilidad para el comitente ante el incumplimiento de su cocontratante. Asimismo, subordinar el cobro de la garantía a la previa declaración judicial de validez de “la resolución dictada dentro del ámbito interno del ente estatal asegurado, que establezca la responsabilidad del participante o adjudicatario por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo”, desnaturalizaría la finalidad del seguro de caución al impedir la ejecutabilidad inmediata de la garantía que es su razón de ser.

12) Que en punto al alcance que debe asignarse al decreto 411/69 en los términos expuestos, es menester recordar que si bien el Tribunal ha señalado que la primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya

fuerza inicial es la letra de la ley (Fallos: 297:142; 299:93; 301:460), también ha considerado a la par que la inconsecuencia del legislador no se supone, por lo que la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos (Fallos: 306:721; 307:518 y 993). En este orden de consideraciones, el Tribunal ha señalado que más allá de posibles imperfecciones técnicas, debe indagarse el verdadero alcance de la norma mediante un examen de sus términos que consulte la racionalidad de la norma, no de una manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos de manera que guarden debida coherencia (v. doctrina de Fallos: 323:3289, considerando 4° y sus citas, entre otros) y atendiendo a la finalidad que se tuvo en miras con su sanción.

13) Que el siniestro —en los seguros de caución— se configura por el incumplimiento de la obligación garantizada una vez declarado mediante el acto formal previsto en la póliza. La causa o la medida de ese incumplimiento no afectan el derecho del asegurado, sin perjuicio de que el concesionario, tomador de la póliza, pueda discutir en sede judicial o administrativa los motivos invocados por el comitente (beneficiario) y que el asegurador, en su caso, una vez cancelada la indemnización en favor de éste último, pueda obtener —bajo ciertas circunstancias— su devolución por parte del tomador.

14) Que el pliego de bases y condiciones de la licitación para la concesión de los servicios postales (aprobado por decreto 265/97) estableció que el garante deberá manifestar que se constituye en liso, llano y principal pagador con expresa renuncia al beneficio de división y excusión y a su derecho a exigir la previa intimación judicial del deudor (punto 9.9.3 inciso a) y fundamentalmente, prescribió que la garantía deberá prever que “el pago por el garante se deberá hacer efectivo inmediatamente, al solo requerimiento de la Autoridad de Aplicación y sin restricción alguna” (punto 9.9.3 inciso b, fs. 75 del principal).

15) Que el contrato de concesión celebrado entre el Estado Nacional y Correo Argentino (aprobado por el decreto 840/97) consignó que el concesionario ha constituido la garantía de ejecución del presente consistente en una póliza de seguro de caución (n° 516.449) con la Compañía Aseguradora de Créditos y Garantías Sociedad Anónima;

previó las causales de rescisión (punto 30.1) y que, producida esta última, “el concedente ejecutará la garantía de ejecución” (punto 30.2).

16) Que, como se advierte, el pliego rechaza contundentemente que la ejecución de la garantía quede condicionada a la previa determinación judicial de la validez del acto rescisorio fundado en el incumplimiento contractual del concesionario. A este respecto es menester recordar que “la ley de la licitación o la ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan o resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el acuerdo respectivo” (Fallos: 333:1192).

17) Que el suplemento adicional n° 1 adjunto a las condiciones particulares de la póliza 522.725 de seguro de caución (fs. 414/415 del principal), suscripto entre Correo Argentino y la Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. y cuya ejecución pretende en autos el Estado Nacional, no deja lugar a dudas en análogo sentido. Textualmente allí se consigna: “De conformidad con lo previsto en el Numeral 9.9.3 inc. “b” del Pliego de Bases y Condiciones, el pago por el Asegurador se deberá hacer efectivo inmediatamente, al solo requerimiento de la Autoridad de Aplicación y sin restricción alguna. Previo a dicho requerimiento, deberá mediar Resolución dictada por la Autoridad de Aplicación e intimación extrajudicial de pago cursada al deudor principal”.

18) Que como se desprende de las consideraciones precedentes, la materia litigiosa y el elemento objetivo de la acción incoada en el sub lite son diversos del proceso cuya acumulación se pretende y en el que —quien fuera concesionario y tomador del seguro de caución— persigue la nulidad del acto rescisorio del contrato de concesión. En consecuencia y habida cuenta de la recta inteligencia de las normas federales en juego según los términos expuestos ut supra, no se hallan configurados los recaudos exigidos por los artículos 188 y 190 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Tal circunstancia impide considerar que la sentencia a dictarse en uno de ellos pueda producir efectos de cosa juzgada en el otro o que podrían dictarse sentencias contradictorias provocando así un escándalo jurídico.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario

interpuestos y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo. Exímese al recurrente de integrar el depósito cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con la acordada 47/91. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, actor en autos, representado por la Dra. Virginia Luciana Macia Riedel.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal n° 12.

**FUNDACIÓN MEDIO AMBIENTE c/ EN - PEN - Dto. 1638/12 -
SSN - RESOL. 37.160 s/ MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA**

MEDIDA CAUTELAR

La medida cautelar de suspensión de los efectos del decreto 1638/12 y de la resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación 37.160/12 aparece como un remedio desproporcionado a la naturaleza y relevancia de la hipotética ilegitimidad que se denuncia, no solo por la falta de adecuación entre la violación constitucional alegada y las consecuencias de la medida dispuesta, sino también porque, en la tarea de ponderación, la cámara debió haber tenido en cuenta que una cautelar que suspende la vigencia de las normas mencionadas y ordena a la par la adopción de un sistema determinado de comprobación de idoneidad técnica, tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia debió ser evaluada con criterios especialmente estrictos que la cámara no aplicó.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala II de feria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la decisión de primera instancia que había concedido una medida cautelar de suspensión de los efectos del decreto 1.638/12 y de la resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación (en adelante, SSN) 37.160/12. En consecuencia, ordenó a la SSN a adoptar los procedimientos necesarios para requerir, con carácter previo a la emisión o comercialización de pólizas en los términos del artículo 22 de la Ley General del Ambiente 25.675 (en adelante, LGA), la conformidad ambiental otorgada por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros (en adelante, SAyDS), y la acreditación de la capacidad técnica para remediar mediante la presentación de contratos suscriptos con operadores debidamente habilitados, tal como se venía haciendo con anterioridad al dictado del decreto cuya suspensión de efectos se decidió (fs. 143/150).

-II-

Contra esa decisión, el Estado Nacional (SSN, SAyDS y Jefatura de Gabinete de Ministros) interpuso recurso extraordinario (fs. 177/196) que, denegado (fs. 228), motivó la presentación en queja.

El recurrente sostiene, en lo sustancial, que el pronunciamiento apelado debe ser equiparado a una sentencia definitiva toda vez que es susceptible de originar perjuicios de difícil reparación ulterior. Enfatiza que se encuentra configurado en el *sub lite* un supuesto de gravedad institucional en tanto que la medida cautelar ordenada cercena potestades propias de la Administración, afecta el interés público comprometido y la plena vigencia de la ley general del ambiente.

Señala que el tribunal se arrogó funciones propias de la autoridad administrativa al suspender íntegramente —sin distinguir cuáles artículos debían ser cautelados— el régimen dispuesto por el decreto 1.638/12 y su reglamentación, y disponer la vigencia del esquema normativo anterior a su sanción. Ello, sobre la base de una interpretación arbitraria y desnaturalizadora de las prescripciones de la ley 25.675 y del régimen de seguro ambiental.

-III-

Si bien las resoluciones que ordenan medidas cautelares no revisan, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos del artículo 14 de la ley 48, esa regla cede cuando la medida ordenada pueda originar un agravio que, por su magnitud y circunstancias pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación posterior (Fallos: 328:4493, 4763), y cuando se configura un supuesto de gravedad institucional (Fallos: 329:440) o una cuestión federal suficiente (Fallos: 330:3582; 333:1023).

En particular, la Corte Suprema ha considerado admisible la vía extraordinaria federal con relación a las medidas cautelares que pueden alterar el poder de policía del Estado, o exceden el interés individual de las partes y afectan de manera directa el de la comunidad (Fallos: 307:1994; 312:409; 330:3582).

Estas circunstancias se encuentran presentes en el *sub lite*, pues la decisión recurrida implica neutralizar el ejercicio de atribuciones regulatorias propias del poder administrador, de modo que, la decisión en recurso presenta gravedad institucional en la medida que trasciende el mero interés particular para comprometer el principio de división de poderes previsto en la Constitución Nacional.

-IV-

El recurso extraordinario debe, a mi juicio, prosperar. Pues no se advierte que se configure el requisito de verosimilitud del derecho exigido por la jurisprudencia para la concesión de medidas cautelares de la naturaleza de la solicitada y, actualmente, por la ley 26.854 (art. 13, inc. b).

El artículo 22 de la LGA dispone que toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación.

Por su parte, la Resolución Conjunta de la Secretaría de Finanzas del (ex) Ministerio de Economía y Producción (actual Ministerio de Economía y Finanzas Públicas) N° 98/07 y de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros N° 1.973/07, aprobó las Pautas Básicas para las Condiciones Contractua-

les de las Pólizas de Seguro por Daño Ambiental de Incidencia Colectivas, a los efectos de dar operatividad al artículo 22 de la citada LGA. En sus artículos 2° y 3°, se estableció que los planes de seguro por daño ambiental de incidencia colectiva, así como sus elementos técnicos y contractuales, debían ser aprobados por la SSN, previa conformidad ambiental expedida por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. A los fines de otorgar dicha conformidad, la Secretaría exigía que las compañías de seguros presentaran contratos tipo de remediación suscriptos con operadores debidamente habilitados. Esta exigencia, cabe destacar, carecía de sustento normativo.

El referido régimen fue expresamente derogado por el artículo 11 del decreto 1.638/12. Asimismo, mediante dicha norma —suspendida en su totalidad por la Cámara—, el Poder Ejecutivo Nacional, en uso de las atribuciones conferidas por los incisos 1° y 2° del artículo 99 de la Constitución Nacional, reglamentó los presupuestos mínimos en materia de seguros ambiental, creó la Comisión Técnica de Evaluación de Riesgos Ambientales en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación como autoridad con competencia primaria en cuestiones relativas a la evaluación de riesgo ambiental y de recomposición de daños, y fijó los lineamientos generales para la elaboración de los planes de los seguros ambientales por parte Superintendencia de Seguros de la Nación.

En ese marco, la resolución SSN 37.160/12 —también suspendida en estos autos— aprobó las condiciones generales del seguro obligatorio de caución por daño ambiental de incidencia colectiva.

En el escenario descripto, opino que la medida cautelar apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados del caso. Pues no media en el *sub lite* un análisis concreto, preciso y detallado sobre los elementos que, al menos *prima facie*, privarían a esos actos de su validez en derecho. Tampoco se advierte, a diferencia de lo postulado por la actora, cuáles son los motivos por los cuales la reglamentación efectuada contradice o desnaturaliza lo dispuesto en el citado art. 22 de la LGA. El pronunciamiento atacado no analiza, siquiera mínimamente, que las características de las pólizas que se aprueban por las normas impugnadas impliquen una violación del mandato del referido artículo 22 o que exista un retroceso respecto del sistema anterior a la vigencia de las normas suspendidas.

Por otra parte, y como afirma la recurrente, uno de los criterios que ponderó la autoridad de aplicación al reglamentar el sistema de

seguro ambiental fue la amplitud que debía existir en relación con el número de oferentes en el mercado asegurador ambiental. Ello, a fin de favorecer del modo más extenso y pleno posible el cumplimiento de los objetivos del citado artículo 22. En este marco, el acierto o desacierto de este criterio evaluativo, basado en cuestiones técnicas y de versación propias de los organismos reguladores, no puede ser revocado por los jueces, salvo que ellos pretendan suplir las funciones de aquéllos, lo cual les está vedado (Fallos: 333:1023).

-V-

En consecuencia, entiendo que corresponde declarar admisible la queja, procedente el recurso extraordinario y revocar la decisión apelada. Buenos Aires, 18 de marzo de 2014. *Irma Adriana García Netto*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Fundación Medio Ambiente c/ EN - PEN - dto. 1638/12 - SSN - resol. 37.160 s/ medida cautelar autónoma”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que en cuanto al relato de los antecedentes de la causa y a las cuestiones propuestas ante esta instancia, por razones de brevedad corresponde remitir a los dos primeros capítulos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, que se dan por reproducidos.

2º) Que para integrar suficientemente la relación del caso cabe destacar que, con particular referencia a la exigencia de idoneidad técnica, la alzada dijo no advertir “prima facie” que se vulnere el artículo 5 de la Constitución Nacional, la distribución de competencias ni las autonomías provinciales, porque la intervención de la Autoridad Nacional (SAYDS) y la exigencia de “conformidad ambiental”, con carácter previo a la póliza, estaba prevista en el régimen anterior contemplado en el artículo 3º, de la Resolución Conjunta Secretaría

de Finanzas y Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, 98/07 y 1973/07.

El tribunal a quo afirmó como premisa que, “...de una hermenéutica del artículo 22°, en conjunto con el artículo 28° de la Ley General del Ambiente 25675, cabe interpretar dentro de esta línea de pensamiento, que el seguro debe cubrir el mandamiento de recomposición del daño, la instrumentación de acciones de reparación así como aquellas tendientes al restablecimiento al estado anterior”.

Asimismo, afirmó —a propósito de la provisionalidad que es propia de este tipo de medidas— que **“...el diseño del sistema lleva a establecer un régimen en cabeza del asegurador, la obligación de adoptar las medidas necesarias y conducentes para satisfacer el deber de prevención y remediación, mediante la contratación de aquéllas entidades que por su organización empresarial, especialización profesional e implementación de los medios materiales y humanos pertinentes, se encuentren en condiciones de llevar adelante las acciones concretas que sean necesarias y apropiadas para arribar a dicho resultado”.**

La cámara sostuvo, finalmente, que el deber de contratar un seguro de recomposición ambiental, previsto en el artículo 22 de la ley 25.675 General del Ambiente, genera una obligación de recomponer en cabeza de la aseguradora, y no una garantía de financiamiento de la recomposición del daño ambiental colectivo.

3°) Que con arreglo a reiterada jurisprudencia del Tribunal, las resoluciones que ordenan, deniegan, modifican o levantan medidas cautelares, no revisten el carácter de sentencias definitivas, en los términos que exige el artículo 14 de la ley 48 para habilitar la jurisdicción extraordinaria de esta Corte (Fallos: 329:440, 899, entre muchos otros).

Sin embargo, dicho principio no es absoluto, puesto que cede cuando aquellas resoluciones causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser objeto de insuficiente o imposible reparación ulterior (causa A.577.XLVIII “Asamblea Parque Pereyra Iraola y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ amparo”, sentencia del 24 de septiembre de 2013, y sus citas), o cuando pronunciamientos de esa especie pueden alterar el poder de policía del Estado o ex-

ceden el interés individual de las partes y afectan al de la comunidad (Fallos: 307:1994; 323:3075; 327:1603; 328:900; 330:3582).

4º) Que sobre la base de tales criterios se verifica en el sub lite un supuesto excepcional que permite asimilar a definitiva la resolución recurrida respecto del Estado Nacional, pues —en este aspecto de la decisión se neutraliza en forma total la aplicación por las autoridades competentes de un decreto del Poder Ejecutivo Nacional, comprometiendo de modo inmediato el ejercicio de las atribuciones conferidas por los incisos 1º y 2º del artículo 99 de la Constitución Nacional. Finalmente, el pronunciamiento en recurso reviste gravedad institucional (Fallos: 307:440), toda vez que trasciende el mero interés de las partes, al tener incidencia directa sobre la piedra angular que articula el control de constitucionalidad —encomendado por la Ley Fundamental al Poder Judicial— en el principio republicano de la división de poderes.

Desde antiguo se sostuvo, en efecto, que la misión más delicada de los jueces es la de saber mantenerse dentro de su órbita de jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes, toda vez que el Poder Judicial es el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional. De ahí, la clásica advertencia de que un avance de ese poder en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (Fallos: 311:2580; 321:1252 “Thomas, Enrique c/ E.N.A.”, votos de la mayoría y votos concurrentes del juez Petracchi y de la jueza Argibay, Fallos: 333:1023).

5º) Que satisfecho el recaudo mencionado, el recurso extraordinario es admisible pues se observa la presencia de una cuestión federal, en la medida en que se encuentra en tela de juicio no sólo la interpretación dada por la alzada a diversas cláusulas de la Constitución Nacional (artículos 1º, 5º, 18, 19 y —sobremanera— los artículos 41 y 99, inciso 2º), sino específicamente la compatibilidad entre la Ley General del Ambiente 25.675 (en especial, artículo 22), el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1638/12 reglamentario del seguro ambiental, y la resolución de Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) 37.160/12 que aprobó las condiciones generales del seguro obligatorio de caución por daño ambiental, siendo lo debatido y resuelto contrario al derecho que la recurrente sustentó en esas disposiciones.

También se han invocado causales de arbitrariedad que son inescindibles de los temas federales en discusión y deben ser tratados conjuntamente (Fallos: 323:1625; 331:1040, entre muchos otros), tarea para la cual la Corte no se encuentra limitada por los argumentos expresados por las partes (Fallos: 323:1491 y sus citas).

6°) Que en lo atinente a los requisitos que condicionan la admisibilidad de medidas precautorias de esta especie, los fundamentos dados por la cámara resultan insuficientes para tener por acreditada la verosimilitud del derecho, cuya apreciación requería en el caso especial prudencia en virtud de la presunción de legitimidad de la que gozan las leyes y decretos (Fallos: 319:1317; 320:1027; 333:1023).

En las circunstancias que singularizan a este caso, los fundamentos dados por la cámara para tener por acreditado el requisito de verosimilitud del derecho resultan dogmáticos y no son suficientes para sostener la procedencia de la medida cautelar, con arreglo a la especial regla de ponderación seguida consistentemente por esta Corte (causa “Thomas” antes citada, considerando 9° del voto de la mayoría; considerandos 10 y 11 del voto del juez Petracchi; causa “BARRICK Explotaciones Argentinas S.A. y otros c/ Estado Nacional”, Fallos: 335:1213).

7°) Que, en efecto, si se contempla apropiadamente la presunción de legitimidad de que goza el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1638/12, y la consecuente resolución de SSN 37.160/12, no basta para sustentar la verosimilitud del derecho la dogmática afirmación que realiza la cámara de que **“el diseño del sistema lleva a establecer un régimen en cabeza del asegurador, la obligación de adoptar las medidas necesarias para satisfacer el deber de prevención y remediación, mediante la contratación de operadores”**.

En ese mismo sentido, resulta de un objetable voluntarismo sostener, como hace la sentencia, que **“ni una resolución ministerial, ni un simple decreto presidencial puede limitar válidamente los alcances del artículo 22 (Ley 25.675 General del Ambiente), que debe garantizar la obligación consagrada en el artículo 28, es decir el restablecimiento irrestricto del daño ambiental, sin demostrar que dicho deber tiene base legal”**.

8°) Que, por otro lado, la conclusión de la alzada que pone en cabeza de la aseguradora la obligación de prevención y recomposición

del daño ambiental colectivo, carece del necesario sustento que la arraigue en el texto normativo que constituye la base sustancial de la cuestión, en virtud de que el artículo 22 de la Ley 25.675 General del Ambiente instituye el seguro ambiental como un instrumento financiero, en tanto expresamente prevé que ese contrato se constituye **“para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño”**.

De ahí, pues, que en el marco estrecho de este proceso cautelar, no resulta un fundamento constitucionalmente sostenible para justificar la medida adoptada, la mera invocación del artículo 22 de la Ley 25.675 General del Ambiente, ni la pretensión de vincularlo con la obligación de recomponer del artículo 28 de dicho ordenamiento, toda vez que esta obligación legal corre por cuenta y cargo del generador de efectos degradantes.

Además, dicha argumentación de la cámara, también es objetable desde una visión general sobre los principios arquitectónicos de la materia ambiental, porque conculca de forma manifiesta el **“Principio de responsabilidad”** del artículo 4° de la Ley 25.675 General del Ambiente, cuyo enunciado prescribe que: **“El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de las acciones preventivas y correctivas de recomposición”**. Máxime, cuando la interpretación y aplicación de la Ley 25.675 y **“de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental”**, queda sujeta al cumplimiento de estos principios de política ambiental; y cuando a esta misma conclusión —de poner en cabeza del generador la responsabilidad por los efectos degradantes del ambiente— se llega si se considera la totalidad del ordenamiento normativo del régimen de responsabilidad por daño ambiental, derivado de los artículos 28 y 29 de la Ley 25.675, y 10, y 40 a 43 de la Ley 25.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios.

9°) Que, de otro lado, la alzada se limitó a afirmar lacónica y dogmáticamente la existencia del peligro en la demora. De tal modo, omitió efectuar la estricta apreciación de las circunstancias del caso que impone la presunción recordada en el considerando 7° (Fallos: 195:383; 205:261), en especial cuando la medida cautelar decretada compromete *erga omnes* la aplicación de un decreto dictado por el Poder Ejecutivo de la Nación.

Este Tribunal ha destacado, con énfasis, y reiterado hasta su reciente pronunciamiento del 19 de marzo de 2014 dictado en la causa C.59.XLIX “Claro, Miguel Ángel c/ Estado Nacional s/ apelación medida cautelar” que en el examen del recaudo de peligro en la demora que se exige para dictar este tipo de medidas, se requiere una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que llegaren a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso, así como que ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las diversas disposiciones impugnadas, entre ellos su gravitación económica (Fallos: 331:108).

10) Que el déficit de fundamentación en que incurrió la alzada se profundiza si se considera apropiadamente, con arreglo a precedentes igualmente conocidos y reiterados de esta Corte, el carácter marcadamente excepcional que debe presidir el amparo precautorio que se persigue a través de una medida innovativa, en tanto altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (Fallos: 316:1833; 320:1633; 325:2347; 330:2186; 329:3464; 331:941; entre otros). Y que con particular gravedad en el caso, coincide sustancialmente con la pretensión principal, soslayando que esta última —como regla— solo puede satisfacerse con el previo cumplimiento del debido proceso legal, que es uno de los pilares del ordenamiento jurídico y del estado de derecho (conf. causa C.59.XLIX “Claro”, antes citada).

11) Que a la luz de principios señalados, la medida cautelar dispuesta por el a quo aparece como un remedio desproporcionado a la naturaleza y relevancia de la hipotética ilegitimidad que se denuncia. Ello es así, no solo por la falta de adecuación entre la violación constitucional alegada y las consecuencias de la medida dispuesta, sino también porque, en la tarea de ponderación, la cámara debió haber tenido en cuenta que una cautelar que suspende la vigencia del decreto 1638/12 y de la resolución de SSN 37.160/12 y ordena a la par, la adopción de un sistema determinado de comprobación de idoneidad técnica, tiene una significativa incidencia sobre el principio constitucional de división de poderes, por lo que su procedencia debió ser evaluada con criterios especialmente estrictos que la cámara no aplicó (caso

“Thomas, Enrique” de Fallos: 333:1023, considerando 9º del voto de la mayoría; considerando 11 del voto del juez Petracchi).

Los fundamentos expresados imponen, pues, la descalificación del fallo impugnado por afectar de modo directo e inmediato las cláusulas constitucionales invocadas (ley 48, artículos 14, inciso 3º, y 15), con la consecuente necesidad de que el caso sea nuevamente resuelto mediante un pronunciamiento que cuente con fundamentos razonados que lo sostengan como acto constitucionalmente válido.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto por la demandada y, con el alcance que surge de los considerandos precedentes, se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) Agréguese la queja a los autos principales. Vuelva la causa al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo resuelto. Notifíquese y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso de hecho interpuesto por el Estado Nacional - Jefatura de Gabinete de Ministros - Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (SAYDS) y Superintendencia de Seguro de la Nación (SSN), representados por el doctor **Damián Eugenio Garat**, con el patrocinio del doctor **Martín Oscar Monea**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala de FERIA**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 9, Secretaría n° 17**.

MAULES, CECILIA VALERIA c/ UNIDAD DE GESTION
OPERATIVA DE EMERGENCIAS SA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS

ACCIDENTES FERROVIARIOS

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que rechazó la demanda por indemnización de los daños que había sufrido la actora en su ojo izquierdo mientras viajaba en una formación ferroviaria como consecuencia del impacto de una piedra lanzada por un individuo desde fuera del tren ya que no puede soslayarse que el deber de la empresa demandada de extremar al máximo las precauciones para evitar situaciones de riesgo para los usuarios no fue un tema evaluado debidamente por la cámara, que prescindió del criterio regulador previsto normativamente, que le impone el deber de extremar las previsiones para el estricto cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados en amparo de las posibles víctimas para quienes, de lo contrario, el resarcimiento resultaría ilusorio en la mayoría de los casos.

- Los jueces Highton de Nolasco y Fayt, en disidencia, consideraron que el recurso extraordinario era inadmisibile (art. 280 CPCCN)-.

OBLIGACION DE SEGURIDAD

La interpretación de la obligación de seguridad que tiene causa en el contrato de transporte de pasajeros debe ser efectuada con sustento en el derecho a la seguridad previsto para los consumidores y usuarios en el art. 42 de la Constitución Nacional; la incorporación del vocablo seguridad en la Carta Magna es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso: la vida y la salud de los habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos.

-Los jueces Highton de Nolasco y Fayt, en disidencia, consideraron que el recurso extraordinario era inadmisibile (art. 280 CPCCN)-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

En lo que interesa, la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de la instancia anterior y rechazó la demanda promovida por los daños y perjuicios que habría sufrido la actora en su ojo izquierdo, el 29 de enero de 2005, mientras viajaba en una formación al servicio de la Empresa de Transportes Unidad de Gestión Operativa Ferrocarril San Martín, como consecuencia del impacto de una piedra lanzada por un individuo desde afuera del tren (fs. 1614/1627 y 1760/1767, del expediente principal al que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario).

El tribunal, por un lado, reconoció que la actora había acreditado su carácter de pasajera y la relación entre el transporte y el daño sufrido. A su vez, señaló que el transportador es responsable por el daño que sufran los pasajeros durante el viaje, en razón de su deber de seguridad. Sin embargo, concluyó que medió culpa de un tercero por quien la demandada no debe responder, que operó como eximente de la responsabilidad objetiva del transportista, en el marco de lo dispuesto por el artículo 184 del Código de Comercio.

En este sentido, sostuvo que el hecho resultaba inevitable para la demandada y consideró acreditado que la piedra fue arrojada desde un lugar alejado de la estación ferroviaria.

-II-

Contra dicha sentencia, la actora dedujo recurso extraordinario, que fue desestimado (fs. 1775/1780 y 1812), lo que dio lugar a la presente queja (fs. 42/46, del cuaderno respectivo). En síntesis alega que la sentencia es arbitraria, pues carece de fundamentación y prescinde de los hechos probados en la causa.

En particular, sostiene que el tribunal si bien sostuvo que para eximirse de responsabilidad el demandado debía acreditar la existencia de caso fortuito, rechazó la demanda teniendo por acreditado dicho extremo, cuando el hecho generador del daño (apedreamiento de un tren) resultaba previsible y evitable.

Argumenta que este tipo de hechos se repiten con regularidad y son conocidos por el transportista, y pueden ser evitados obrando con la debida diligencia, por ejemplo, mediante la colocación de redes metálicas fijas en las ventanas.

En ese marco, considera que el hecho objeto de autos no constituye un caso fortuito, en tanto no fue impredecible, ni tampoco inevitable por el transportista, cuya responsabilidad es objetiva.

-III-

Si bien los planteos de la apelante remiten al estudio de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas, como regla y por su naturaleza, a la instancia del artículo 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para abrir el recurso extraordinario cuando el tribunal ha omitido dar tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo a las constancias comprobadas de la causa y el derecho aplicable (Fallos: 317:768; 321:1462; entre otros).

Entonces, cabe señalar que los daños personales sufridos por el viajero se rigen por el artículo 184 del Código de Comercio, por lo que al actor le incumbe la prueba del hecho y su relación de causalidad con el daño sufrido, mientras que para eximirse de responsabilidad la demandada debe acreditar la existencia de fuera mayor, culpa de la víctima o de un tercero por el cual no debe responder (Fallos: 321:1462; 327:5082). En el caso y en esta instancia, no constituyen hechos controvertidos el carácter de pasajero de la actora y que las lesiones sufridas en su ojo izquierdo hayan sido consecuencia del impacto con una piedra lanzada desde afuera del tren.

A su vez, esa Corte Suprema ha dicho que la mera invocación del hecho de un tercero resulta ineficaz para lograr la exención de responsabilidad contemplada en el artículo 184 citado, si no se configuran los extremos propios del caso fortuito que atañen a la imprevisibilidad e inevitabilidad del hecho (Fallos: 313:1184 y S.C. M. 328; L. XLVI, “Montaña, Jorge L. c/ Transportes Metropolitanos General San Martín s/ daños y perjuicios”, 3 de mayo de 2012).

En ese contexto, opino que asiste razón a la recurrente, pues el tribunal sostiene, por un lado, que hay un deber de seguridad a cargo del transportista que asume la obligación de llevar al pasajero sano y salvo al destino (fs. 1761 vta.), y luego lo exime de responsabilidad sobre la base de considerar que medió culpa de un tercero por quien la demandada no debe responder y que el hecho encuadra en un supuesto de caso fortuito, que produce la ruptura del nexo causal, cuando en

el propio pronunciamiento se resaltó la previsibilidad de los acontecimientos como el de autos (cf. fs. 1762 vta./1763).

De tal forma, era necesario precisar en qué medida las circunstancias previsibles que determinaron el accidente pudieron ser evitadas si se hubiese observado la diligencia apropiada con el deber de seguridad en cabeza del transportista, pues la responsabilidad sólo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias (artículos 512 y 902, Código Civil, Fallos: 317:768). Aun más, no consta acreditado por la demandada, como era menester en el marco de lo dispuesto por el artículo 184 del Código de Comercio, la adopción de medidas conducentes para evitar el daño, causado por un hecho, que fue calificado por el tribunal como previsible, sin que la eventual existencia de vallado o alambrado en la línea perimetral al momento del accidente, logre tal finalidad. Estos aspectos no fueron estudiados en profundidad.

La afirmación del tribunal en orden al elevado costo que importaría la colocación de vidrios blindados en las ventanillas, no fue acreditada en la causa, y tampoco fue probado por la demandada que ésa sea la única medida posible a adoptar para evitar ese tipo de daños, por lo que esas aseveraciones no resultan suficientes para eximir de responsabilidad al transportista.

La interpretación de la obligación de seguridad que tiene causa en el contrato de transporte de pasajeros, debe ser efectuada con sustento en el derecho a la seguridad previsto para los consumidores y usuarios en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que obliga a los prestadores de los servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de la vida y la salud de sus habitantes (cf. doctrina de Fallos: 333:203, y, más recientemente, CSJN, S.C. M. 598; L. XLVI, “Montoya, Mauricio c/ Transportes Metropolitanos General San Martín S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, 26 de marzo de 2013).

A partir de tal premisa, el transportista debía extremar al máximo las precauciones para evitar situaciones de riesgo para los usuarios (máxime tratándose de hechos delictivos, calificados como previsibles). Estas cuestiones relevantes y conducentes, debieron obtener adecuado tratamiento en el pronunciamiento del tribunal.

-IV-

En función de lo expuesto, en mi opinión y sin que esto implique abrir juicio acerca de la decisión final que corresponda dar al caso, corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido y

remitir los autos al tribunal de origen, para que dicte uno nuevo con arreglo a derecho. Buenos Aires, 12 de junio de 2013. *M. Alejandra Cordone Rosello*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Maules, Cecilia Valeria c/ Unidad de Gestión Operativa de Emergencias S.A. s/ daños y perjuicios”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al revocar la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda por indemnización de los daños que había sufrido la actora en su ojo izquierdo mientras viajaba en una formación al servicio de la empresa demandada, cerca de la estación Villa Astolfi, hecho que fue consecuencia del impacto de una piedra lanzada por un individuo desde fuera del tren.

2º) Que el tribunal sostuvo que el caso fortuito o la fuerza mayor podían ser tenidos como causal exculpatoria si reunían los requisitos de estar fundados en un hecho extraordinario –fuera de lo común y corriente- y debía ser externo a la actividad, es decir debía tratarse de un acontecimiento notorio, imprevisible e inevitable.

Añadió que aun cuando ciertos acontecimientos, como el de autos, se hubieran convertido en algo que ocurría de manera frecuente en la realidad de la sociedad actual, resultaba, dado el nivel de inevitabilidad, una verdadera injusticia responsabilizar siempre a la empresa de transporte por los daños que pudieran sufrir las personas transportadas.

Ello era así porque la exención de responsabilidad del ferrocarril cuando el daño provenía del hecho de terceros, se basaba en la falta de prueba sobre la frecuencia o reiteración de tales hechos, ya que

no era suficiente para excluir la eximente con haber afirmado genéricamente que el transportador debería haber adoptado medidas de previsión, sin que se hubiera llegado a expresar en qué habrían consistido tales medidas.

3º) Que contra dicho pronunciamiento la actora dedujo recurso extraordinario que, desestimado, dio origen a la presente queja. Sostiene que la alzada rechazó la demanda sobre la base de afirmaciones dogmáticas en relación con la culpa del tercero en el acaecimiento del hecho, pues había quedado demostrado que no sería un hecho impredecible el apedreamiento de un convoy ferroviario; que, además de público y notorio, su frecuencia había quedado acreditada por la declaración testifical del guarda de la formación.

Asimismo, afirma que la empresa debería haber intentado demostrar qué medidas de seguridad habría adoptado para impedir el ingreso de proyectiles, tales como vidrios blindados y aire acondicionado, lo que no habría sido imposible económicamente para otras líneas de ferrocarriles que las adoptaron.

4º) Que aun cuando los planteos de la apelante remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y de derecho común y procesal, materia propia de los jueces de la causa y ajena –como regla y por su naturaleza- al remedio del art. 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para su consideración en la vía intentada cuando el tribunal ha prescindido de dar un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con las constancias comprobadas de la causa y las normas aplicables (conf. Fallos: 324:3618; 325:329; 327:5082; 333:203, entre muchos otros).

5º) Que en relación con la exención de responsabilidad de la empresa de transporte ferroviario, esta Corte tiene decidido que los daños personales sufridos por el viajero se rigen por el art. 184 del Código de Comercio, por lo que a la actora le incumbe la prueba del hecho y la relación de causalidad con el daño sufrido, mientras que para eximirse de responsabilidad la demandada debe acreditar la existencia de fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (conf. Fallos: 313:1184; 316:2774; 321:1462; 322:139; 323:2930 y 327:5082).

6º) Que en autos no se encuentra controvertida la calidad de pasajera de la actora, ni que las lesiones sufridas por ella hayan sido

producto de una piedra lanzada desde el exterior, de modo tal que correspondía a la empresa de transporte demostrar los mencionados eximentes para poder interrumpir el nexo causal y exonerarse de responsabilidad, ya que por la obligación de seguridad que le compete debía trasladar al pasajero sano y salvo al lugar de destino, derecho previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios (conf. Fallos: 331:819; 333:203 y 335:527).

7º) Que la cámara ha omitido considerar que la demandada tuvo a su alcance la posibilidad de evitar la producción del hecho mediante la adopción de algún tipo de medida de prevención a fin de que el servicio se hiciera con regularidad, sin tropiezos ni peligros de accidentes; más aún cuando el ciudadano común que accede a un vagón tiene una confianza fundada en que el organizador del transporte se ha ocupado razonablemente de su seguridad (conf. Fallos: 331:819).

8º) Que este Tribunal ha resuelto que la interpretación de la obligación de seguridad que tiene causa en el contrato de transporte de pasajeros, debe ser efectuada con sustento en el derecho a la seguridad previsto para los consumidores y usuarios en el art. 42 de la Constitución Nacional. Expresó también que la incorporación del vocablo seguridad en la Carta Magna, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso: la vida y la salud de los habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos, extremo que se ha omitido considerar en la decisión en crisis (conf. Fallos: 331:819; 333:203 y 335:527).

9º) Que habida cuenta de lo expresado, no puede soslayarse que el deber de la empresa de transporte ferroviario demandada de extremar al máximo las precauciones para evitar situaciones de riesgo para los usuarios, no fue un tema evaluado debidamente por la cámara, que prescindió del criterio regulador previsto normativamente, que le impone el deber de extremar las previsiones para el estricto cumplimiento de las leyes y reglamentos dictados en amparo de las posibles víctimas para quienes, de lo contrario, el resarcimiento resultaría ilusorio en la mayoría de los casos (conf. Fallos: 333:203).

10) Que, en razón de lo expresado, la sentencia impugnada no satisface las condiciones de validez de las decisiones judiciales, ya que ha omitido considerar las previsiones constitucionales que protegen a

los consumidores, aplicables al caso, por lo que corresponde revocar la decisión apelada.

Por ello, y habiendo dictaminado el Ministerio Público, con el alcance indicado, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)— CARLOS S. FAYT (*en disidencia*)— JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I.
HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS
S. FAYT

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presente queja. Notifíquese y archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT.

Recurso de hecho interpuesto por **Cecilia Valeria Maules**, representada por el Dr. **Ernesto C. Varela Baudín**.

Tribunal de origen: **Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 108**.

MUNICIPALIDAD DE ROSARIO c/ ENTRE RÍOS, PROVINCIA
DE Y OTRO S/ AMPARO (DAÑO AMBIENTAL)

DAÑO AMBIENTAL

Corresponde declarar abstracta la cuestión planteada a partir de la acción de amparo de la Municipalidad de Rosario contra las provincias de Entre Ríos y Buenos Aires a fin de que cese el daño ambiental producido por las quemas de pastizales que sostenía se realizaban de manera indiscriminada, reiterada y sistemática, en las islas del Río Paraná y en el área noreste bonaerense, si una serie de acciones y políticas desarrolladas aparece como una respuesta suficiente y adecuada a la pretensión esgrimida, máxime cuando no se ha aportado elemento alguno que permita tener por acreditada la vigencia de los hechos generadores del daño ambiental denunciado.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 213, V.E. corre nuevamente vista a este Ministerio Público, para que se expida, en primer lugar, sobre el requerimiento del Estado Nacional, realizado al tiempo de contestar el traslado en calidad de tercero interesado, para que se cite, en igual carácter que el suyo, a la Provincia de Santa Fe y a los Municipios de Villa Constitución de esa Provincia, Victoria y Gualaguay (Provincia de Entre Ríos), San Nicolás, San Pedro, Baradero, Zárate y Campana (Provincia de Buenos Aires) por encontrarse todos ellos en la zona de influencia del Delta (v. fs. 206, acápite VII) y, en segundo término, acerca del pedido efectuado por la Universidad Nacional de Rosario para que se dicte sentencia (v. fs. 494 del expediente acumulado al presente).

-II-

La cuestión se circunscribe, entonces, a determinar la procedencia del reclamo efectuado por el Estado Nacional en calidad de tercero interesado para que la Provincia de Santa Fe y diversos municipios comparezcan en este proceso en los términos del art. 94 del Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación. Si bien tengo para mí que no correspondería hacer lugar a dicho reclamo por no revestir el referente la calidad de actor o de demandado como indica la aludida norma, advierto que no se discuten cuestiones federales sobre las cuales deba emitir opinión el Ministerio Público, toda vez que tal planteo involucra cuestiones procesales ajenas a este último y cuya interpretación y decisión corresponde a los jueces de la causa.

-III-

Considero, por lo tanto, que las cuestiones sobre las cuales se corre vista, al no involucrar materia federal que requiera de una opinión de esta Procuración, me eximen de dictaminar. Por ello, devuelvo los autos a V.E. Buenos Aires, 14 de mayo de 2012. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2014.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 92/108 la Municipalidad de Rosario, Provincia de Santa Fe, representada por su entonces intendente, promovió acción de amparo contra las provincias de Entre Ríos y Buenos Aires, a fin de que cese el daño ambiental producido por las quemadas de pastizales que —según sostuvo— se realizaban de manera indiscriminada, reiterada y sistemática, en las islas del Río Paraná y en el área noreste bonaerense.

Afirmó que esa práctica agropecuaria, habitual y constante, causaba dificultades para respirar y disminuía la visibilidad, ponía en grave peligro la salud, la vida, la actividad comercial y turística, y la seguridad vial de los vecinos de la ciudad de Rosario, como así también que el dióxido de carbono que esa actividad inyectaba a la atmósfera producía la degradación del medio ambiente interjurisdiccional que comprende las provincias de Santa Fe, Entre Ríos y Buenos Aires, en el que se encuentra el ecosistema del humedal del Río Paraná, recurso natural de enorme importancia ecológica e hidrológica para los habitantes de la zona.

Señaló que dicha actividad proviene de costumbres ancestrales, y que sus consecuencias se agravaron a raíz de los cambios climáticos y la enorme sequía que se produjo en el área de la pampa húmeda, la expansión del cultivo de la soja en suelo firme, y el aumento de los arrendamientos de terrenos fiscales en el ecosistema humedal con destino a la actividad ganadera. Indicó que los incendios, de producción masiva e intencionales, llegaron a tener un impacto en abril de 2008 sobre un total de 66.000 hectáreas en la zona.

Responsabilizó a las provincias de Entre Ríos y Buenos Aires, con fundamento en el artículo 124 de la Constitución Nacional, por ser titulares de las jurisdicciones donde se originó el factor degradante y por omitir planificar y controlar dichas actividades productivas e implementar una política agropecuaria sustentable de prevención del daño medioambiental, lo cual resulta violatorio, a su entender, del artículo 41 de la Constitución Nacional, de la ley 25.675, de la Convención sobre Biodiversidad (ley 24.375) y la Convención de Ramsar (ley 23.919).

Solicitó asimismo la citación como tercero del Estado Nacional -Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable-, por considerar que se encontraba afectado un recurso ambiental interjurisdiccional.

2°) Que a fs. 113/115 esta Corte declaró su competencia para entender en el caso por vía de la instancia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, ordenó requerir a las provincias demandadas el informe circunstanciado que prevé el artículo 8° de la ley 16.986, y dispuso la citación como tercero del Estado Nacional.

3°) Que a fs. 144 la Provincia de Buenos Aires contestó el informe indicado, acompañó el expediente 2166-000164/2010 de la Dirección Provincial de Gestión Jurídica, Organismo Provincial de Desarrollo Sostenible, y un informe del Consejo Provincial de Emergencias en el que se detallan las distintas acciones implementadas en relación a la situación descripta por la demandante.

Negó haber incumplido con las previsiones contenidas en el artículo 41 de la Ley Fundamental y en la ley 25.675, afirmó haber adoptado todas las medidas a su alcance dentro de sus facultades, y que no existe ningún acto u omisión que le resulte imputable y que justifique la acción entablada en su contra.

Por otro lado señaló que no existen constancias de que se hubieran reiterado los hechos por los cuales se inició este proceso, y sostuvo que la cuestión ha devenido abstracta.

4°) Que a fs. 148/152 presentó su informe la Provincia de Entre Ríos y adujo que la pretensión había perdido actualidad pues a la fecha de aquella presentación hacía más de dos años que no se registraban incendios como los señalados por la actora en la jurisdicción de las islas entrerrianas, razón por la cual también requirió que se declare la cuestión abstracta.

Destacó que el hecho generador del supuesto daño ambiental — quema de pastizales — se produjo en circunstancias excepcionales de sequías e incendios, y que desde fines del año 2008 fueron absolutamente controlados y no se volvieron a producir, ni existe peligro que se repitan en virtud de las medidas adoptadas por la provincia y la Nación.

5°) Que a fs. 192/207 el Estado Nacional contestó la citación que le fue cursada y también consideró abstracta la cuestión por haberse superado la situación descripta en el escrito inicial.

6°) Que frente a los planteos realizados por las demandadas y el tercero citado, la parte actora negó que desde el año 2008 no se hubieran producido nuevos incendios en la zona, y señaló que aun cuando la sobreexplotación ganadera y su consecuencia, la quema de pastizales, se constituyeron en el nudo de la pretensión, las provincias demandadas permitieron que aquella actividad se desarrolle de manera indiscriminada y en gran escala en los humedales, sin haberse realizado estudios previos de impacto ambiental.

Afirmó asimismo que la cuestión tiene una relevancia que excede la simple emisión de normas prohibitivas y sancionatorias, y que el planteo se mantiene vigente y continuará agravándose en el futuro si no se disponen medidas concretas como las propuestas en el punto V del escrito inicial (fs. 174/178 y 210/212), cuales son: la creación de un órgano integrado por las distintas jurisdicciones provinciales y municipales afectadas, la declaración de emergencia ambiental del ecosistema, la prohibición inmediata de la quema de pastizales en la zona, la implementación de un ordenamiento ambiental del territorio, el control del desarrollo de actividades antrópicas, la realización

de un estudio de impacto ambiental a cargo de las universidades nacionales de la zona, la suspensión de la aplicación de la ley 9603 de la Provincia de Entre Ríos, y el desarrollo de un programa de educación e información ambiental.

7°) Que no obstante las afirmaciones efectuadas por la Municipalidad de Rosario, no existen constancias en el sub lite que permitan tener por acreditado que se mantenga en la actualidad la situación descripta en la demanda.

En efecto, la demandante pretendió demostrar la vigencia de los hechos generadores del daño ambiental denunciado con noticias periodísticas que datan del año 2010, las que si bien darían cuenta de nuevas quemaduras de pastizales o incendios producidos en aquella época, lo cierto es que de los mismos elementos se desprende que “no tenían la intensidad de los años anteriores” y que “el siniestro no afectó a la traza vial, ni a las ciudades de la costa santafesina” (fs. 174/178 y 210/212).

No se ha incorporado al proceso ningún otro medio probatorio tendiente a desvirtuar la afirmación efectuada por las provincias demandadas y el Estado Nacional en cuanto a que la presente acción carece de un objeto actual frente a la superación del estado de cosas que dio lugar a su promoción.

Tampoco se ha demostrado la invocada ineficacia o inconsistencia de las medidas adoptadas tanto en las órbitas provinciales, como en la nacional, e incluso en el contexto de los organismos de carácter interjurisdiccional creados como consecuencia del consenso alcanzado por las distintas jurisdicciones afectadas.

8°) Que en tal sentido cabe destacar que el 25 de septiembre de 2008 el Estado Nacional y las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe, suscribieron un documento denominado “Carta de Intención” en el que se comprometieron a la elaboración de un “Plan Integral Estratégico para la Conservación y Aprovechamiento Sostenible en el Delta del Paraná” (PIECAS-DP), entre cuyos objetivos se previó el encuentro de soluciones viables y efectivas a la problemática vinculada a los incendios que afectaron diferentes zonas del Delta del Paraná, la promoción de procesos tendientes al logro de una armonización normativa al servicio de la conservación y desarrollo sostenible de ese territorio, y la creación de un “Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel

para el Desarrollo Sostenible de la Región del Delta del Paraná”, como instancia de coordinación de las acciones encaminadas al cumplimiento de los objetivos enunciados en el referido instrumento. Se estableció asimismo que las Provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe, conforme sus ordenamientos jurídico institucionales, convocarán a los municipios con competencia territorial en el área del Delta del Paraná a efectos de consensuar internamente sus propuestas para la elaboración e implementación del referido plan integral.

El referido Comité fue constituido mediante la resolución SAYDS 675/2009 (fs. 261/264), y las provincias signatarias designaron a sus representantes mediante los decretos respectivos (fs. 269/274).

Según se desprende del informe de la Dirección de Ordenamiento Ambiental del Territorio de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación de fs. 256/274, la suscripción de la Carta de Intención fue una respuesta político institucional a los problemas de singular relevancia que afectaban a la Región Delta del Paraná, uno de cuyos síntomas fueron los extensos incendios de pajonales, en su mayoría intencionales, que en 2008 llegaron a comprometer más de 170.000 hectáreas de su territorio, los cuales se derivaron, entre otras causas, de procesos de cambio de uso del suelo tanto por expansión de la frontera agropecuaria como urbana.

Del citado informe también surge que con el propósito de implementar efectivamente el PIECAS-DP y de otorgarle asistencia técnica y financiera, la Secretaría Nacional decidió su articulación con el proyecto PNUD/ARG/10/003 “Ordenamiento Pesquero y Conservación de la Biodiversidad en los Humedales Fluviales de los Ríos Paraná y Paraguay”, entre cuyas finalidades persigue como resultado la “implementación de una planificación intersectorial desde un enfoque ecosistémico en el Delta del Paraná como programa piloto con capacidad de ser replicado en el resto de la cuenca”.

9º) Que entre las actividades ejecutadas en el marco del PIECAS-DP se destaca la elaboración de dos estudios que fueron denominados “Línea de Base Ambiental” y “Evaluación Ambiental Estratégica”; el primero da cuenta del estado de situación ambiental de la Región Delta del Paraná, y el segundo concluye con una serie de lineamientos, recomendaciones y propuestas de acción.

Asimismo, se instaló en la página web de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable el sitio web PIECAS-DP, en el que se informa acerca de lo actuado y permite el libre acceso de la población a la información (<http://www.ambiente.gov.ar/?idarticulo=10287>).

A su vez, se crearon la Subcomisión de Manejo del Fuego que funciona bajo la coordinación del Plan Nacional de Manejo del Fuego, de cuyas acciones en materia de prevención y combate de incendios dan cuenta las diversas actas de reunión publicadas en la referida página web, y el Grupo Coordinador Interjurisdiccional del PIECAS-DP que está constituido por un representante de cada una de las provincias integrantes, dos de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y los asesores vinculados a los temas de tratamiento de las reuniones de trabajo.

También se aprobó el texto de un anteproyecto de ley de presupuestos mínimos para la conservación y el uso sustentable del Delta del Paraná.

10) Que por otra parte es dable poner de resalto la sanción de la ley 26.815 (B.O. 16/1/2013) que establece los presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales en el ámbito del territorio nacional (artículo 1°), la que se aplica a las acciones y operaciones de prevención, presupresión y combate de incendios forestales y rurales que quemén vegetación viva o muerta, en bosques nativos e implantados, áreas naturales protegidas, zonas agrícolas, praderas, pastizales, matorrales y humedales y en áreas donde las estructuras edilicias se entremezclan con la vegetación fuera del ambiente estrictamente urbano o estructural. Asimismo alcanza a fuegos planificados, que se dejan arder bajo condiciones ambientales previamente establecidas, y para el logro de objetivos de manejo de una unidad territorial (artículo 2°).

11) Que las acciones descriptas y las informadas por las provincias demandadas en sus presentaciones de fs. 144 y 148/152, aparecen como una respuesta suficiente y adecuada a la pretensión esgrimida por la Municipalidad de Rosario en el escrito inicial, máxime cuando —como se expuso en el considerando 7° precedente— no se ha aportado elemento alguno que permita tener por acreditada la vigencia de los hechos generadores del daño ambiental denunciado.

Es preciso destacar que la continuidad de las políticas desarrolladas de manera coordinada por las distintas jurisdicciones involucradas, se ve reflejada en el documento denominado “Plan Integral Estratégico para el Desarrollo Sostenible del Delta del Paraná (PIECAS-DP)”, en el que se sistematiza todo lo actuado y planificado, y cuya confección le fue encomendada al Grupo Coordinador Interjurisdiccional creado por el Comité Interjurisdiccional de Alto Rendimiento en su reunión del 23 de noviembre de 2012, el que fue aprobado en la reunión del 22 de agosto de 2013 (publicado en la página web [obio.ambiente.gov.ar/multimedia/files/PIECAS DOCUMENTO FINAL V 21 08 13.pdf](http://obio.ambiente.gov.ar/multimedia/files/PIECAS_DOCUMENTO_FINAL_V_21_08_13.pdf)).

En tales condiciones, la pretensión carece de objeto actual, extremo que impide cualquier consideración de la Corte al respecto, en la medida en que al Tribunal le está vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos (Fallos: 320:2603; 322:1436, entre muchos otros).

12) Que las costas deben ser soportadas en el orden causado (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; arg. Fallos: 329:1853 y 1898, y causa F.600.XLII “Francone, Pierina y otros c/ ETOSS y otro —Provincia de Buenos Aires, citada como tercero— s/ amparo”, sentencia del 17 de septiembre de 2013).

Por ello, se resuelve: Declarar abstracta la cuestión planteada. Con costas en el orden causado (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, comuníquese a la Procuración General y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Parte actora: **Municipalidad de Rosario**, representada por sus apoderados, **doctores Ignacio Carlos Questa Etcheverry, Raúl Freyre Iturraspe y Eduardo Giménez Lassaga**.

Parte demandada: **Provincia de Buenos Aires**, representada por sus apoderados, **doctores Alejandro Fernández Llanos y Luisa M. Petcoff**.

Provincia de Entre Ríos, representada por el señor Fiscal de Estado, **doctor Julio César Rodríguez Signes, doctor José Emiliano Arias**.

Tercero citado: **Estado Nacional**, representado por su apoderado, **doctor Juan Carlos Varela**, con el patrocinio letrado del **doctor Marcelo Adrián Bibini**.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO c/ ENTRE RIOS,
PROVINCIA DE S/ AMPARO (DAÑO AMBIENTAL)

FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA

Cabe hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesto por la provincia demandada, respecto de la Universidad actora que promovió una acción de amparo a fin de que cese la supuesta quema de pastizales, pues ello excede las facultades propias de dicha entidad autónoma, dado que las personas públicas tienen un campo de actuación limitado por su especialidad, sin que pueda fundar su legitimación en la previsión contenida en la parte final del citado artículo 30 de la ley 25.675- que dispone que “toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras del daño ambiental colectivo”-, ya que no puede asumir la gestión de los asuntos ambientales sin invadir las esferas de competencia institucional propias del órgano integrante del Estado Nacional con competencia específica en la materia, cual es, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable.

LEGITIMACION ACTIVA

La cuestión atinente a la legitimación de la demandante para promover el presente amparo, constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal (Fallos: 323: 4098), dado que la justicia nacional no procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte.

LEGITIMACION ACTIVA

De la ampliación de los sujetos legitimados por la reforma constitucional de 1994, no se sigue una automática aptitud para demandar, sin un examen previo de la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción, en atención a que no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de “causas (art. 116 de la Constitución Nacional).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2014.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 168/189 la Universidad Nacional de Rosario promovió acción de amparo, en los términos de los artículos 41 de la Constitución Nacional y 30, tercer párrafo, de la ley 25.675, contra la Provincia de Entre Ríos, a fin de que se ordene el cese de las quemadas de pastizales que —según sostenía— se practicaban de manera reiterada y sistemática en las islas del ecosistema del humedal del Alto Delta del Río Paraná.

Fundó su legitimación en la citada disposición de la Ley General del Ambiente, y en los artículos 3º y 28 de la ley 24.521, y 1º de su estatuto, en cuanto contempla entre sus principios constitutivos el de “Desarrollar sus funciones y actividades en un marco de irrestricto respeto por el medio ambiente orientándolas hacia el óptimo desarrollo humano”.

A fs. 204 esta Corte declaró su competencia para entender en el caso por vía de la instancia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, y ordenó requerir a la Provincia de Entre Ríos el informe circunstanciado que prevé el artículo 8º de la ley 16.986.

A fs. 465/470 el Estado provincial contestó el informe indicado y opuso excepción de falta de legitimación activa de la Universidad.

Afirmó en esa oportunidad que la actora carece de un interés legítimo y directo, y que no surge de la Ley de Educación Superior ni de su estatuto universitario que se encuentre jurídicamente habilitada para iniciar la acción. Agregó que no se trata de una asociación cuyo objeto de creación propenda a defender los derechos ambientales, y que el invocado artículo 30 —tercer párrafo— de la ley 25.675 no le resulta aplicable.

A fs. 480/492 la actora contestó el traslado que le fue corrido y solicitó el rechazo de la defensa sobre la base de los fundamentos allí expuestos.

2º) Que la cuestión atinente a la legitimación de la demandante para promover el presente amparo, constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por

el Tribunal (Fallos: 323:4098), dado que la justicia nacional no procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2° de la ley 27).

Cabe advertir que de la ampliación de los sujetos legitimados por la reforma constitucional de 1994, no se sigue una automática aptitud para demandar, sin un examen previo de la existencia de una cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción, en atención a que no ha sido objeto de reforma la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de “causas” (art. 116 de la Constitución Nacional).

La pauta a la cual es menester atenerse, como principio, a fin de determinar en cada caso la existencia de legitimación procesal —entendida como la aptitud para ser parte en un determinado proceso— está dada por la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito.

3°) Que cabe recordar que todo órgano estatal constituye una de las tantas esferas abstractas de funciones en que, por razones de especialidad, se descompone el poder del gobierno; para cuyo ejercicio concreto es nombrado un individuo (o varios) que expresa su voluntad en el mismo valor que la del gobierno, en tanto dicho sujeto está autorizado para “querer” en nombre del todo, dentro del ámbito de su competencia (Fallos: 327:5571; 331:2257).

En oportunidad de delimitar el alcance de la autonomía universitaria, esta Corte sostuvo que ésta implica libertad académica y de cátedra en las altas casas de estudio, así como la facultad de redactar por sí mismas sus estatutos, la designación de su claustro docente y autoridades (Fallos: 322:842; 333:1951).

4°) Que en ese marco, la legitimación para accionar que pretende arrogarse la Universidad actora, excede las facultades propias de esa entidad autónoma, pues las personas públicas tienen un campo de actuación limitado por su especialidad (conf. causa CSJ 11/2008 (44-U) “Universidad Nacional de Salta c/ Salta, Provincia de (Secretaría de Medio Ambiente) s/ acción de amparo”, sentencia del 6 de agosto de 2013).

En efecto, la Universidad Nacional de Rosario no puede fundar su legitimación en el caso en la previsión contenida en la parte final del

citado artículo 30 de la ley 25.675, que dispone que “toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras del daño ambiental colectivo”, dado que no puede asumir la gestión de los asuntos ambientales sin invadir las esferas de competencia institucional propias del órgano integrante del Estado Nacional con competencia específica en la materia, cual es, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Tal conclusión no se ve alterada por la autonomía universitaria, desde que ésta no implica su aislamiento respecto del entramado institucional; está inmersa en el universo de las instituciones públicas, es afectada por aquéllas y debe responder a los controles institucionales propios del Estado de derecho (conf. causa CSJ 67/2010 (46-U) “Universidad Nacional de Río Cuarto c/ Córdoba, Provincia de y otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 20 de mayo de 2014, y sus citas).

Por amplia que sea la autonomía de la universidad, no deja de estar engarzada en el ordenamiento jurídico en general, sin que pueda sostenerse que es por sí misma un poder en sentido institucional, equiparándola a la situación de las provincias que son expresión pura del concepto de autonomía, cuyos poderes originarios y propios, son anteriores a la Constitución y a la formación del Estado general que ahora integran (Fallos: 322:842).

Por ello, se resuelve: Hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la Provincia de Entre Ríos.

Con costas (artículos 68 y 69 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Parte actora: **Universidad Nacional de Rosario**, representada por el señor rector **prof. Darío Pascual Maiorana**, con el patrocinio de los Dres. **Ricardo I. Silberstein**, **Luis Albino Francisco Facciano**, **Adriana Beatriz Tripelli**, **Carlos Enrique Arcocha**, **Aldo Emilio Baravalle**, **María Cristina Cesca** y **Adriana Taller**.

Parte demandada: **Provincia de Entre Ríos**, representada por el señor **Fiscal de Estado**, **doctor Julio César Rodríguez Signes**, y por su letrado apoderado, **doctor José Emiliano Arias**.

WHIRLPOOL PUNTANA SA (TF 21671-A) c/ DGA

DERECHOS DE EXPORTACION

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que consideró que los derechos de exportación instituidos mediante la resolución 11/02 del Ministerio de Economía e Infraestructura se encuentran en pugna con las disposiciones del Tratado de Asunción, aprobado por nuestro país mediante la ley 23.981 ya que, aun cuando es indudable que no resulta ajena a un sistema de integración económica la aspiración de que se supriman los derechos de exportación -como una herramienta tendiente a afianzar la libre circulación de bienes entre los países miembros- lo cierto es que no puede concluirse que el referido Tratado, teniendo en cuenta el modo en que se ha ido dando el proceso de integración en los diversos acuerdos complementarios realizados entre los estados partes, imponga la prohibición de establecer tales derechos, como una exigencia concreta y perentoria.

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Las cuestiones aquí debatidas resultan sustancialmente análogas a la ya examinadas en mi dictamen del 1° de abril de 2008, in re S. 346 L. XLIII “Sancor CUL (TF 18.476-A) c/ DGA”, cuyos fundamentos doy por reproducidos en cuanto fueren aplicables al *sub iudice*.

Por lo expuesto, opino que cabe declarar formalmente admisible el recurso extraordinario de fs. 116/133, y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 7 de agosto de 2009. *Esteban Righi*.

Suprema Corte:

-I-

A fs. 155/159 vta., la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación (fs. 96/99) y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda presentada por Sancor Cooperativas Unidas Limitada y

dejó sin efecto seis resoluciones dictadas por la Aduana de Santa Fe mediante las que se habían rechazado las impugnaciones presentadas contra sendas intimaciones cursadas para que abonase los derechos de exportación correspondientes a los permisos de embarque vinculados con ciertas operaciones de exportación de leche en polvo a Brasil y Paraguay.

Para así resolver, expuso que es jurisprudencia pacífica de la Corte que el legislador no tiene atribuciones para modificar un tratado internacional, y que el Estado Nacional ha de velar por el cumplimiento de esos convenios de jerarquía superior a las leyes.

Con respecto al Tratado de Asunción, que dio lugar al Mercosur, sostuvo que es un acuerdo de integración económica, jurídica y política, de alcance parcial, en el marco de la ALADI, y que los derechos y obligaciones que de él emanan son jurídicamente exigibles para los Estados parte desde su entrada en vigencia.

Si bien consideró que ese acuerdo posee ciertas pautas programáticas, expresó que en lo que resulta de interés ahora, las normas aplicables son específicas y operativas, en especial sus anexos. Entendió que no puede admitirse la imposición de derechos aduaneros agravantes de los existentes al momento de firmarse el Acuerdo, aunque ello se haga alegando una situación de emergencia. En tales condiciones, adujo que la eliminación de toda restricción debe hacerse en los términos fijados por el art. 3° del Acuerdo de Complementación Económica (ACE) 18, que forma parte del tratado, para evitar cualquier medida por la que un país impida o dificulte, unilateralmente, el comercio recíproco.

Con respecto a la resolución 11/02 del Ministerio de Economía, que fijó los derechos de exportación aquí debatidos, estimó que resulta inconstitucional puesto que es una norma de derecho interno que controvierte lo establecido por una norma internacional de jerarquía superior, en particular en el preámbulo y en los arts. 1° y 5° del Tratado de Asunción. Además, entendió que también se halla en colisión con los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ya que éstos deben cumplirse de buena fe y que no pueden invocarse disposiciones de derecho interno para justificar su incumplimiento.

-II-

Disconforme con lo resuelto por el a quo, la AFIP-DGA presentó el recurso que luce a fs. 163/172 vta.

Arguye que la resolución 11/02 fue dictada de acuerdo con las facultades delegadas por las leyes 22.415 y 25.561, y por los decretos 1.343/01, 1.366/01, 1.454/01, 355/02, y también por los decretos 751/74 y 2.752/91. Recuerda que su fundamento fue un marco de grave deterioro de los ingresos fiscales dentro de la emergencia en que se encontraba el país.

Sostiene, en síntesis, que la actora no ha demostrado que sea aplicable norma operativa alguna de derecho internacional que obste a la imposición de derechos de exportación. Indica que el Tratado de Asunción es, en sí mismo, programático y no operativo motivo por el cual no puede deducirse la existencia de un compromiso asumido por Argentina de abstenerse de establecer derechos como los aquí debatidos.

Aduce también que el Congreso ha ratificado la totalidad de la legislación delegada preexistente a la reforma constitucional de 1994.

-III-

A mi modo de ver, el recurso federal resulta formalmente admisible, toda vez que se halla en discusión la inteligencia que cabe asignar a normas federales, a las cláusulas de tratados internacionales de integración regional y a normas dictadas en su consecuencia, siendo la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa contraria a las pretensiones que la recurrente ha sostenido en ellas (art. 14, incs. 1° y 3°, ley 48).

-IV-

El Tratado de Asunción, celebrado el 26 de marzo de 1991 suscripto por nuestro país, junto con las repúblicas del Paraguay, del Uruguay y el Brasil, y ratificado por el Congreso Nacional mediante la ley 23.981, es la piedra basal constitutiva del Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Es un acuerdo de carácter internacional que, por ende, integra el ordenamiento jurídico de la Nación con rango suprallegal (arts. 31 y 75, incs. 22 y 24, de la Constitución Nacional).

En tal sentido, constituyó un paso más dentro de un camino en la búsqueda de la integración regional, uno de cuyos eslabones anteriores fue el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo celebrado entre nuestro país y el Brasil, el 29 de noviembre de 1988, donde ya se había hecho explícito que uno de sus objetivos principales era remover todas las barreras arancelarias y no arancelarias que se aplican a la circulación de bienes, servicios y capitales entre ambos estados, siempre teniendo en mira la constitución de un mercado común.

Entre los objetivos y fines del Tratado de Asunción, expresados en el preámbulo de su articulado, se hizo expresa referencia a la necesidad de acelerar los procesos de desarrollo económico con justicia social, una de cuyas condiciones fundamentales es ampliar la dimensión de los respectivos mercados nacionales mediante la integración supranacional de la región.

Asimismo, se puso de relieve que tal objetivo habría de alcanzarse mediante “el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles (...), la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio”, y que había el convencimiento de que existía la necesidad en los Estados signatarios de “modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”.

Para ello, acordaron constituir un Mercado Común, que debía estar conformado al 31 de diciembre de 1994 (art. 1º, primer párrafo), y cuya existencia implica “La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente” (art. 1º, segundo párrafo), además de “la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes” (art. 1º, 4º, párrafo).

Asimismo, en el art. 7º se estableció que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional. Y también, en su art. 8º, inc. d) convinieron que los países signatarios extenderían automáticamente a los demás estados partes “cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que concedan a un producto originario de o destinado a terceros países no miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración”.

Dentro del programa de liberación comercial, detallado en el anexo I del Tratado de Asunción, se expresó en el artículo primero que los Estados Partes acuerdan eliminar a más tardar a el 31 de diciembre de 1994 los “gravámenes y demás restricciones aplicadas en su

comercio recíproco” y, en su artículo segundo, se definió por “gravámenes” (a tales fines) “los derechos aduaneros y cualesquiera otros recargos de efectos equivalentes, sean de carácter fiscal, monetario, cambiario o de cualquier naturaleza, que incidan sobre el comercio exterior, agregando que no quedaban comprendidos en dicho concepto -las tasas y recargos análogos cuando respondan al costo aproximado de los servicios prestados-”. Además, por “restricciones” se definió “cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado Parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco”, dejando fuera de tal definición a las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980 (ley 22.354).

De forma concomitante, también se previó lo atinente a la imposición de un arancel externo común (arts. 1° y 5° del Tratado de Asunción) sin que quepan dudas, en este caso, de que estamos frente a un derecho de importación uniforme, adoptado por el bloque para las operaciones con terceros países cualquiera que fuere el país del Mercosur de destino de las mercancías.

Dentro de este orden de ideas, considero oportuno adelantar que, a mi modo de ver, tal y como fue dicho por el Tribunal Fiscal en su sentencia de fs. 96/99 vta., no hay en el tratado constitutivo del mencionado mercado común ninguna norma que, de manera directa e indubitable, imponga a los Estados miembros la obligación de abstenerse de establecer tributos a la exportación de sus mercancías hacia los países miembros.

No se me escapa que este tipo de medidas tributarias, tomadas sea con finalidad recaudatoria o bien extrafiscal, por hipótesis, podrían llegar a modificar o desalentar en cierto grado las corrientes naturales de comercio entre los países de que se trate, al hacer menos atractiva la opción por exportar el producto. Pero tampoco dejo de destacar que ello constituirá siempre una decisión tomada por el Estado exportador, que no compromete -en principio- el comercio con los otros Estados socios, en tanto que las mercancías originarias o provenientes de éstos no están alcanzadas por estos derechos, precisamente, ya que no se trata de gravámenes sobre la importación. Por otra parte, como tal tipo de decisión involucra una cuestión de oportunidad, mérito o conveniencia sobre la cual no corresponde que los tribunales entren a juzgar (arg. Fallos: 300:642; 312:72; 314:424, entre muchos otros).

Como dije, estimo que del plexo de tratados internacionales constitutivos del Mercosur no puede concluirse que la “eliminación de los

derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente” alcance a los derechos que cada Estado miembro puede aplicar para la exportación de sus mercancías.

A tal conclusión arribo tras una atenta lectura de los textos aprobados por las leyes 23.981 y 24.560, pero también aplicando las pautas hermenéuticas recibidas por V.E. en Fallos: 322:3193, entre otros, en cuanto a que los acuerdos internacionales han de ser interpretados de buena fe (arts. 31, inc. 1°, y 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), razón por la cual sus disposiciones no pueden aislarse sólo por su fin inmediato y concreto. Además, tampoco se han de poner en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, sino que, por el contrario, cabe procurar que todas ellas se entiendan entre sí de modo armónico, teniendo en cuenta tanto los fines de las demás, como el propósito de las restantes normas que integran el ordenamiento jurídico, de modo de adoptar como verdadero el sentido que las concilie y deje a todas con valor, y de esta forma dar pleno efecto a la intención del legislador (doctrina de Fallos: 252:139; 271:7; 296:372; 302:973; 315:38; 322:2193, entre otros).

Apoyo tal inteligencia, también, en lo que surge del art. 7° del Tratado, en cuanto deja en claro que en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros, del mismo tratamiento que se otorga a los productos nacionales, texto que, indudablemente, hace referencia a la prohibición de establecer gravámenes a la importación que resulten discriminatorios con respecto a los productos nacionales.

Asimismo, despeja la duda al respecto el texto del Artículo Tercero del Anexo I, del Tratado de Asunción, referido al Programa de Liberación Comercial, en cuanto estipuló la reducción progresiva de los gravámenes o derechos aduaneros de los países miembros entre sí, mencionando expresamente los “gravámenes a la importación”, omitiendo toda referencia a los que gravan la exportación de la mercancía.

Por ello, y en conclusión con respecto a este punto de debate, por las razones que dejo sentadas, estimo que no pueden compartirse los argumentos del a quo y que, por ende, la sentencia ha de ser revocada.

-V-

A esta altura del dictamen, debo poner en claro que tanto en su escrito inicial como en las demás presentaciones realizadas, la actora indicó que circunscribe la litis a discutir si se pueden crear derechos

de exportación por operaciones dentro del Mercosur (ver fs. 48), y a resaltar que cuestiona la mencionada resolución en cuanto estableció un derecho de exportación con alcance genérico, sin tener en cuenta lo establecido por el Tratado constitutivo del Mercosur (ver fs. 51).

En tal sentido, además de sus razonamientos referidos al Tratado de Asunción, arguye, de manera brevísima y sin fundamentación, la inconstitucionalidad parcial de la ley 25.561 como asimismo de la resolución 11/02 del -entonces- Ministerio de Economía.

Cabe recordar aquí que la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de alguna de sus partes es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como una ultima ratio del orden jurídico (Fallos: 288:325; 311:394; 312:122, 435 y 326:3024, entre muchos otros).

Por ese motivo, V.E. ha manifestado, desde antiguo, que la escueta y genérica alegación de inconstitucionalidad no es suficiente para que la Corte Suprema ejerza la atribución que reiteradamente ha calificado como la más delicada de las funciones que puedan encomendarse a un tribunal de justicia (confr. doctrina de Fallos: 301:904; 312:72 y 122, entre otros).

Dentro de tal orden de ideas, también la Corte ha exigido que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente en qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen y que tal circunstancia ocurre en el caso concreto (Fallos: 302:1666; 310: 211).

Sobre la base de tales conceptos, advierto que el referido planteo de inconstitucionalidad harto escuetamente planteado por la actora con respecto a las normas referidas en el segundo párrafo de este acápite, carece de la debida fundamentación, por estar desprovisto de un sustento fáctico y jurídico cierto y efectivo, pues incurre en afirmaciones dogmáticas sin lograr acreditar y demostrar en forma fehaciente cuáles son los derechos o garantías de raigambre constitucional vulnerados y sin siquiera citar cuáles son, en concreto, las normas constitucionales que considera supuestamente vulneradas por la normativa que impugna.

-VI-

Por lo expuesto, estimo que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 1 de abril de 2008. *Esteban Righi*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Whirlpool Puntana SA (TF 21.671-A) c/ Dirección General de Aduanas”.

Considerando:

1°) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar –por mayoría- la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación, hizo lugar a la pretensión de Whirlpool Puntana SA y, en consecuencia, dejó sin efecto dos resoluciones del Departamento Procedimientos Legales Aduaneros, de la Dirección General de Aduanas, que habían rechazado sendas impugnaciones efectuadas por la actora contra la liquidación de derechos de exportación respecto de los permisos de embarque 02 001 EC01 071533 B y 02 001 EC03 027314 B –registrados el 15 de noviembre de 2002 y el 10 de diciembre del mismo año, respectivamente- a la alícuota del 5% del valor FOB, de acuerdo con lo dispuesto en la resolución 11/02 del Ministerio de Economía.

2°) Que para pronunciarse en el sentido indicado el a quo tuvo en cuenta un precedente de esa sala (“Sancor CUL -TF 18476-A c/ Dirección General de Aduanas”, expte. n° 17.440/06) en el que se sostuvo que la aplicación de tales derechos en exportaciones con destino a un país miembro del MERCOSUR resultaba en pugna con el Tratado de Asunción.

3°) Que contra tal sentencia, el Fisco Nacional –Dirección General de Aduanas- interpuso el recurso extraordinario que fue concedido a fs. 185. El recurrente sostiene, en síntesis, que la resolución 11/02 del Ministerio de Economía no contradice ni vulnera lo estatuido en el referido Tratado y que la actora no ha invocado norma alguna de derecho internacional por la cual la República Argentina se haya obligado de modo operativo a no imponer derechos de exportación pues, en su concepto, las disposiciones del citado Tratado son programáticas y no operativas.

4°) Que el recurso extraordinario es formalmente procedente en razón de encontrarse en discusión la inteligencia del referido

tratado internacional de integración regional y la validez de las disposiciones internas, de carácter federal, que el a quo consideró inaplicables en exportaciones con destino a países miembros del MERCOSUR por encontrarlas en oposición a aquel tratado (art. 14, incisos 1° y 3° de la ley 48).

5°) Que, en efecto, la cuestión que se plantea en los presentes autos radica en determinar si los derechos de exportación instituidos mediante la resolución 11/02 del Ministerio de Economía e Infraestructura se encuentran en pugna con las disposiciones del Tratado de Asunción, aprobado por nuestro país mediante la ley 23.981.

Al respecto, cabe poner de relieve que no se encuentra discutido en las presentes actuaciones que las exportaciones fueron realizadas a un Estado Parte integrante del Mercado Común del Sur, en el caso, a la República Federativa del Brasil, y que por ellas fue liquidado el 5% sobre el valor FOB declarado en los permisos de embarques obrantes en autos, en concepto de derechos de exportación, de conformidad con lo establecido por la citada resolución ministerial.

Cabe destacar también que la impugnación formulada en los presentes autos a los aludidos derechos de exportación se circunscribe a la alegada prohibición de aplicarlos en las operaciones realizadas entre países miembros del MERCOSUR, que derivaría de las disposiciones del Tratado de Asunción, según el criterio de la actora, que fue aceptado por el a quo. Al respecto cabe señalar que la propia accionante, al apelar ante el Tribunal Fiscal, puso de relieve expresamente que no estaban en discusión en esta causa las facultades del Poder Ejecutivo para establecer alícuotas “o bien para crear este tipo de impuesto” (confr. fs. 13 vta.). Por lo tanto, la cuestión sobre la que debe decidir el Tribunal en esta causa difiere de la que fue examinada en el caso C.486.XLIII “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/ amparo”, fallado el 15 de abril de 2014.

6°) Que esta Corte ha afirmado reiteradamente que la aplicación por los órganos del Estado Argentino de una norma interna que transgrede un tratado –además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional- vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas (Fallos: 315:1492, considerandos 18; 316:1669, considerando 3° y 317:1282, considerandos 8° y 9°, entre otros) y que esa conclusión resulta acorde a las exigen-

cias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina ha hecho propias; así como la necesidad de prevenir la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos que no se ajusten a los compromisos internacionales (Fallos: 322:3193, considerando 8°, y sus citas), cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. Al respecto, el Tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho interno (Fallos: 315:1492).

Por lo tanto, y según ya fue señalado, el punto que corresponde decidir a esta Corte radica en establecer si, en efecto, tal como lo juzgó el a quo, el Tratado de Asunción prohíbe a los países Miembros del MERCOSUR establecer derechos de exportación, pues, en caso de ser así, la resolución 11/02 resultaría inválida por la indudable mayor jerarquía normativa de las disposiciones del referido Tratado.

7°) Que el Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, denominado “Tratado de Asunción” (art. 23 del Tratado), aprobado por ley 23.981, es un acuerdo en los términos del art. 2, inc. 1, apartado a, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, esto es, un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, y que, por lo tanto, integra el ordenamiento jurídico de la Nación con rango suprallegal (arts. 31 y 75, incs. 22 y 24, de la Constitución Nacional).

8°) Que mediante ese instrumento, los estados partes, tras señalar que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social, acordaron constituir “un Mercado Común”, denominado “Mercado Común del Sur” (“MERCOSUR”), que debía estar conformado al 31 de diciembre de 1994, (art. 1°, primer párrafo, del Tratado).

9°) Que en ese mismo artículo se afirmó que ello implicaba “la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente”. Y también el “establecimiento

de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados; y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales”. Asimismo, el citado art. 1° señala como implicancias del referido mercado común la “coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transporte y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes”, y el compromiso de éstos de “armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

Con relación a ello, en el Preámbulo del Tratado se señala que los mencionados objetivos deben ser alcanzados mediante “el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio”.

10) Que resulta asimismo pertinente poner de relieve que el art. 2° del Tratado establece que “el Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes”.

11) Que, sentado lo que antecede, cabe recordar que este Tribunal tiene establecido como regla hermenéutica que los tratados internacionales deben de ser interpretados de acuerdo a los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que consagran el principio de buena fe conforme al criterio corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éste y teniendo en cuenta su objeto y fin, razón por la cual sus disposiciones “no pueden aislarse sólo por su fin inmediato y concreto”, ni se han de poner en pugna destruyendo las unas de las otras, sino que, por el contrario, cabe procurar que todas ellas se entiendan entre sí de modo armónico, teniendo en cuenta tanto los fines de las demás, como el propósito de las restantes normas que integran el ordenamiento jurídico, de modo de adoptar como verdadero el sentido que las concilie y deje a todas con valor, y de esta forma, dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 322:3193, considerando 7° y sus citas).

12) Que si bien es verdad que el art. 1° del Tratado de Asunción, en cuanto establece el principio de la libre circulación de bienes y servicios entre los países miembros, mediante la eliminación de derechos aduaneros, restricciones no arancelarias o medidas equivalentes, podría dar sustento, aisladamente considerado, a la pretensión de la actora, resulta indudable -de acuerdo con el principio hermenéutico precedentemente recordado- que para establecer la recta comprensión de ese precepto no puede prescindirse de las disposiciones que plasman la voluntad de los estados de establecer un mercado común en forma progresiva, bajo los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio enunciados en el preámbulo del convenio. En efecto, el Tratado fija los objetivos y fines y establece en grandes líneas los instrumentos para llegar a su consecución, más allá de que se ocupa de alguno de ellos en sus anexos, como el “Programa de Liberación Comercial”, al que se refiere el Anexo I.

13) Que, por lo tanto, aun cuando es indudable que no resulta ajena a un sistema de integración económica la aspiración de que se supriman los derechos de exportación -como una herramienta tendiente a afianzar la libre circulación de bienes entre los países miembros- lo cierto es que no puede concluirse que el referido Tratado, según las pautas hermenéuticas señaladas precedentemente, y teniendo en cuenta el modo en que se ha ido dando el proceso de integración en los diversos acuerdos complementarios realizados entre los estados partes, imponga la prohibición de establecer tales derechos, como una exigencia concreta y perentoria. Ello es así, sin perjuicio de que, como se señaló precedentemente, y por tratarse de un mecanismo que hace a la libre circulación de bienes, su obligatoriedad pueda establecerse en un acuerdo posterior.

Sin embargo, y en el estadio actual del proceso de integración, resulta exacto lo afirmado por el señor Procurador General en el dictamen al que se remitió al fijar su opinión en los presentes autos, en cuanto a que no hay en el Tratado constitutivo del MERCOSUR ninguna norma que, de manera directa, imponga a los estados miembros la obligación de abstenerse de establecer derechos de exportación a las mercancías con destino a los países miembros.

14) Que con relación a lo expuesto, no debe perderse de vista que el art. 2° del Tratado de Asunción establece que el Mercado Común “estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones de los

Estados Partes”. De ello se sigue que tales derechos y obligaciones deberán estar clara y concretamente establecidos, y que no resulta válido entender que un Estado –en el caso, la República Argentina- se haya obligado a no imponer, o eventualmente a derogar, derechos de exportación, por la sola inferencia que podría resultar de las disposiciones anteriormente mencionadas.

15) Que abona lo expuesto la circunstancia de que el Código Aduanero del Mercosur –aprobado por el Consejo del Mercado Común, por decisión 27/10, e incorporado al ordenamiento jurídico nacional mediante la ley 26.795- expresa que ese cuerpo normativo “no trata sobre derechos de exportación y, por lo tanto, la legislación de los Estados Partes será aplicable en su territorio aduanero preexistente a la sanción de este Código, respetando los derechos de los Estados Partes” (art. 157, inc. 4). Como se observa, esta previsión no se concilia con la tesis de suponer que el Tratado de Asunción contiene una prohibición concreta y actualmente operativa de tales derechos, sin perjuicio de que –como se señaló- pueda resultar pertinente en el curso ulterior del proceso de integración.

16) Que, por lo demás, no puede dejar de advertirse que tanto el Programa de Liberación Comercial (Anexo I del Tratado), como los acuerdos de complementación económica celebrados con posterioridad, así como el Arancel Externo Común contemplan casi exclusivamente cuestiones atinentes a derechos de importación y sólo de manera aislada lo relativo a las exportaciones, de modo que, con relación a estas últimas, mal podría entenderse la existencia de una prohibición genérica a la imposición de derechos de exportación –por parte del país exportador- especialmente si se tiene en consideración –como ya se puso de relieve en esta sentencia- que el MERCOSUR, según lo dispuesto en el art. 2° del Tratado de Asunción, se funda “en la reciprocidad de derechos y obligaciones de los Estados Partes”, recaudo que requiere una mayor precisión de las normas respectivas las que, cabe reiterarlo, han puesto el acento en eliminar restricciones al ingreso de mercancías, sin atender –salvo muy excepcionalmente- a los derechos que puedan recaer sobre la exportación.

17) Que, en tal sentido, no puede dejar de advertirse la diferencia existente entre el Tratado de Asunción y el Tratado por el cual se constituyó la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma de 1957), pues en este último se dispuso expresamente la prohibición entre los

Estados Miembros de “restricciones cuantitativas a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente” y se obligó a aquéllos a suprimir las que existieran a la entrada en vigor de ese Tratado “a más tardar, al final de la primera etapa” (art. 34). Como surge de lo anteriormente expuesto, en el Tratado de Asunción no se incluyó una cláusula equivalente a la adoptada por la Comunidad Europea.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la pretensión de la actora en cuanto se fundó en la aducida incompatibilidad de los derechos de exportación con el Tratado de Asunción. Costas por su orden, en atención a la novedad del asunto y su dificultad jurídica (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Dirección General de Aduanas**, representada por la **Dra. Romina Natalia Martínez Caneiro**.

Traslado contestado por la **actora**, representada por la **Dra. Gabriela Di Vincenzo**, con el patrocinio letrado del **Dr. Horacio F. Alais**.

Tribunal de origen: **Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación**.

**BOLSA DE CEREALES DE BUENOS AIRES c/ BUENOS
AIRES, PROVINCIA DE s/ ACCIÓN DECLARATIVA**

IGUALDAD

No se advierte que la Bolsa de Cereales de Buenos Aires -que en su condición de entidad registradora de las operaciones de compraventa de cereales y oleaginosas recauda el impuesto de sellos provincial en su sede social ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el año 1978- se encuentre en una situación diferente que las restantes entidades incluidas en la categoría que cumplen la misma función de

registro y recaudación, desde que la discriminación establecida en el régimen cuestionado en función del domicilio de las sedes sociales de aquéllas, no constituye una pauta razonable que autorice a ubicarlas en grupos distintos que, a los efectos impositivos, permita la fijación de alícuotas diferenciales.

IGUALDAD

El distinto domicilio de una persona no puede ser un elemento diferenciado dentro de una categoría obligada al pago o a la recaudación de un tributo, ya que no reviste la característica determinante para establecer que por ese solo extremo integra un grupo diverso que debe ser sometido a regulaciones diferentes.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 90/108 vta., la Bolsa de Cereales de Buenos Aires (en adelante “la Bolsa”) interpuso la presente acción declarativa de certeza contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de que, en síntesis, se declare: a) que la alícuota del impuesto de sellos para los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas registrados ante ella sea del 0,5%; b) que el aumento al 0,75% realizado de manera retroactiva y sin fundamento legal, para los períodos enero a abril de 2006 se declare nulo, así como la determinación de oficio efectuada por la resolución 50/08 del jefe de la Dirección Adjunta de Fiscalización de la Dirección Provincial de Rentas; c) que la alícuota diferencial de 0,9% para dicho tributo establecida a partir de la ley 13.613 -ley impositiva para el ejercicio 2007, y mantenida con posterioridad- para contratos registrados en entidades ubicadas fuera de la provincia no le sea aplicada por ser inconstitucional.

Tras reseñar sus orígenes y su actividad, recordó que desde 1978 se desempeña como entidad registradora y recaudadora del impuesto de sellos para la demandada. Agregó que también registra y certifica contratos de compraventa de cereales y oleaginosas en la esfera de las autoridades nacionales, tanto a los efectos del IVA (RG 2.300), como

del control de operaciones establecido por el Ministerio de Economía y por la Oficina Nacional de Control Comercial y Agropecuario (ONCCA) para fines diversos.

Señaló que la citada resolución 50/08 determinó de oficio el gravamen, en su carácter de responsable solidario, aplicando retroactivamente una alícuota superior a la vigente al momento en que los contratos quedaron sujetos al tributo (periodos enero a abril del 2006), con más los intereses, recargos y una multa por omisión. Informó que dicho acto fue recurrido administrativamente, y apelado luego ante el Tribunal Fiscal local, estando pendiente la decisión de dicho organismo al momento de interponer esta demanda.

Destacó que la distinción de alícuotas aplicables según la ubicación de la entidad certificadora resulta una discriminación inconstitucional, prohibida por la Carta Magna en virtud de la llamada “cláusula de comercio”, a la vez que colisiona con la ley del IVA, con la ley de coparticipación federal de impuestos, y con las normas federales que establecen subsidios al consumo interno de productos agrícolas.

Añadió que, en su caso, la demandada omite considerar que la Bolsa cuenta con una delegación en Necochea, Provincia de Buenos Aires, por lo que, a todo evento, también actúa dentro de dicha jurisdicción, aunque los contratos no sean específicamente registrados en dicha oficina.

Puso de relieve su importante papel en la recaudación del gravamen, señalando que registra aproximadamente el 60% de las operaciones con granos y oleaginosas producidas en la Provincia de Buenos Aires, por lo que la cuestión planteada reviste, a su juicio, gravedad institucional al vincularse con un sector relevante y sensible de la economía nacional.

Expresó que quienes operan con ella, a fin de quedar liberados de las retenciones en el IVA, de obtener el reintegro expedito de sumas percibidas en tal concepto, y de cobrar los subsidios que gestiona la ONCCA, necesariamente deben registrar su contrato, extremo que no puede realizarse sin haber abonado antes el impuesto de sellos, por lo que quedarán ineludiblemente alcanzados con la alícuota diferencial señalada. Indicó además el riesgo a que se ve expuesta en caso de certificar contratos que hayan sido sellados por otra entidad, debido a que tal actuación la coloca en un supuesto de responsabilidad tributaria ante eventuales incumplimientos, totales o parciales, del contribuyente o de la otra entidad recaudadora actuante.

A fs. 110/114 vta., la actora amplió la demanda con relación a las leyes 13.787 y 13.930, en cuanto establecieron las tarifas aplicables para los años 2008 y 2009, respectivamente, manteniendo similar discriminación en cuanto a la alícuota cuando los contratos fueran registrados en bolsas, mercados, cámaras o asociaciones de cereales con o sin sede dentro de la jurisdicción.

A fs. 126/128 vta. amplió nuevamente su demanda, aportando copia del Informe 112-07 de la Dirección de Técnica Tributaria de la Provincia de Buenos Aires, del cual surgiría, a su criterio, que la discriminación implementada a través de las alícuotas señaladas persigue quitarle financiamiento a la Bolsa.

-II-

La Provincia de Buenos Aires contestó la demanda a fs. 158/164, y solicitó su rechazo.

En primer término, consideró que la Bolsa pretende asumir en esta causa la representación de los contribuyentes del impuesto de sellos, por lo que carece de legitimación para realizar el planteamiento referido a la diferencia de alícuotas.

Remarcó que es facultad del estado provincial promover el bienestar y desarrollo de la actividad productiva, para lo cual, entre otras herramientas, puede recurrir al aumento o disminución de alícuotas en sus gravámenes para que las ventas de los productores se realicen en su jurisdicción y no se vayan a otra provincia.

En tal orden de ideas, adujo que la resolución 50/08 dejó en claro que las diferencias determinadas a la actora en su carácter de responsable del pago del gravamen surgieron como consecuencia de haberse constatado que el tributo fue oblado empleando la alícuota del 0,5%, cuando en verdad correspondía pagar al 0,75%, ya que la totalidad de los contratos registrados lo fueron en la sede de la Bolsa en la Ciudad de Buenos Aires, sin reunirse los requisitos del art. 27, apartado A), inc. 11, punto a), de la ley 13.404. Es decir, al no haberse realizado la registración en una sede o delegación sita en la Provincia de Buenos Aires (confr. fs. 160 vta.).

Con respecto a las leyes cuestionadas, destacó que a partir de la sanción de la ley 13.613, impositiva para el año 2007, la alícuota diferencial se incrementó al 0,9%, manteniéndose la discriminación relativa a la registración de contratos en entidades ubicadas fuera del territorio provincial. Señaló que el fundamento del legislador local fue propiciar que el registro de los instrumentos sea efectuado en la localidad de

origen de las mercaderías y bienes, o en la más próxima a ella cuando allí no opere una entidad registradora., pero siempre dentro del ámbito de la provincia.

Agregó que con la modificación legal se pretendió beneficiar la certificación en los entes locales, para que sean éstos los que perciban los ingresos provenientes de las comisiones que cobran por la tarea de registración.

-III-

V.E. sigue siendo competente para entender en estas actuaciones, tal como fue decidido a fs. 129/138.

-IV-

Tal como ha quedado planteada la presente *litis*, estimo que resulta necesario estudiar de forma preliminar el planteamiento de la demandada referido a la falta de legitimación activa de la Bolsa para cuestionar el empleo que ha hecho la Provincia de Buenos Aires de sus facultades tributarias.

Ha señalado el Tribunal, en cuanto a la excepción de falta de legitimación, que esta defensa -en su faz activa o pasiva- se configura cuando alguna de las partes no es la titular de la relación jurídica sustancial en que se apoya la pretensión, con prescindencia de que ésta tenga o no fundamento (Fallos: 310:2944; 327:84 y sus citas).

Sobre esa base, observo que la Provincia se limita a señalar que la Bolsa no resulta contribuyente del impuesto de sellos, cuestión que no fue planteada en la demanda y que se halla fuera de debate aquí. Por el contrario, la actora se centró en destacar su papel como responsable del pago del gravamen -agente de recaudación, según la terminología del legislador local- por los contratos en los que interviene en su carácter de entidad certificadora, actuación que le hace incurrir en la obligación de abonar el tributo en caso de que el contribuyente no lo haya hecho (arg. arts. 21 y cc. del Código Fiscal, t.o. en 2011), sea de manera total o parcial.

Por otra parte, y huelga destacarlo, ello ha ocurrido en la especie, toda vez que la resolución 50/08 (cuya copia obra a fs. 9/46 vta.) así lo ha determinado, exigiéndole el pago de la diferencia de gravamen pretendida por el Fisco local.

Tal circunstancia, a mi modo de ver, despeja toda duda que pudiera haber respecto del interés concreto que posee la actora en cuestio-

nar las normas locales que le son aplicadas en su carácter de responsable -con la exigencia patrimonial que ello lleva aparejado-, dejando al descubierto que la defensa de la demandada luce huérfana de todo asidero. En efecto, como ha dicho esa Corte, la circunstancia de que un sujeto no sea el obligado al pago en carácter de contribuyente sino en el de agente de percepción, igualmente implica que quede sometido a una serie de obligaciones cuyo incumplimiento le acarrea sanciones legales, extremo que evidencia, por sí solo, su interés jurídico en controvertir el régimen al cual está sometido (arg. Fallos: 318:1154; 320:1302).

-V-

Despejado lo anterior, corresponde señalar que la pretensión de la actora se encuentra dirigida a dilucidar el estado de falta de certeza en que se encuentra frente a lo dispuesto por las leyes 13.404, 13.613, 13.787 y 13.930, en cuanto establecieron las tarifas vigentes para los tributos de la demandada para los años 2006 a 2009, respectivamente, que contienen una alícuota diferenciada para el impuesto de sellos referido a los contratos que sean presentados para su registro ante ciertas entidades certificadoras, según éstas actúen dentro o fuera del territorio provincial.

Al respecto, no es ocioso recordar que la declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un “caso” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes, constituye causa en los términos de la Ley Fundamental (Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421, entre otros).

Sobre la base de estas premisas y contrariamente a lo sostenido por la demandada, estimo que se verifican los requisitos establecidos por el art. 322 del CPCCN.

Efectivamente, ha quedado demostrado que el Fisco local considera que la actora está afectada en sus actividades por lo dispuesto por las normas cuestionadas, pretendiendo que por su actuación se aplique la alícuota más alta (ver la citada resolución 50/08).

A mi modo de ver, esta conducta de la demandada, tanto normativa como fáctica, a la que la actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal, representa una actitud explícita por su parte tendiente a poner en práctica el régimen en crisis, bajo apercibimiento de las sanciones que pudieran corresponder en caso de inobservancia (arg. Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421, cons. 3°).

Tal comportamiento, enderezado a que se cumpla con el sistema legal local, posee en mi parecer entidad suficiente para sumir a la peticionante en un “estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica”, entendiéndose por tal a aquella que es “concreta” al momento de dictarse el fallo.

Y tal concreción se verifica cuando se ha producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido, condición bajo la cual sólo podrá afirmarse realmente que el fallo pone fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual solución que podría acordarse a un supuesto de hecho hipotético (dictamen de este Ministerio Público *in re* “Newland, Leonardo Antonio c/ Provincia de Santiago del Estero”, del 4 de diciembre de 1986, compartido por V.E. en Fallos: 310:606, cons. 2°, criterio reiterado en Fallos: 311:421, cons. 3°).

En virtud de lo expuesto y tal como adelanté, estimo que se encuentra reunida la totalidad de los requisitos fijados por la ley de rito para la procedencia de la acción declarativa intentada.

-VI-

Con relación al fondo del asunto, del conjunto de agravios aducidos por la actora en su demanda y en sus ampliaciones, estimo pertinente tratar, en primer término, el vinculado con la violación del art. 75, inc. 13, de la Norma Fundamental, dirigido a poner en tela de juicio la legitimidad constitucional de las leyes impugnadas, en cuanto regularon las alícuotas diferenciadas para los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas.

Cabe poner de relieve que la ley 13.404 -ley impositiva de la Provincia de Buenos Aires para el año 2006- estableció en su art. 27, ap. A), la relación de alícuotas correspondientes a los “actos y contratos en general”, señalando en su inc. 11 lo relativo a las mercaderías y bienes muebles, locaciones y sublocaciones de obras, de servicios, y de bienes muebles e inmuebles y demás actos y contratos, y especificando en su punto a) -en lo que aquí interesa- que para las operaciones de compraventa al contado o a plazo de mercaderías, cereales, oleaginosas y demás productos y subproductos de la agricultura y de la ganadería, correspondería aplicar la alícuota del 5 por mil en los casos en que tales contratos “sean registrados en Bolsas, Mercados o Cámaras, constituidas bajo la forma de sociedades; cooperativas de grado superior; Mercados a Término y aso-

ciaciones civiles; con sede social o delegación en la Provincia y que reúnan los requisitos y se someta a las obligaciones que establezca la Autoridad de Aplicación”. Inmediatamente después, en el punto b), indicó que *“Por las mismas operaciones cuando no se cumplan las condiciones establecidas en el párrafo anterior”* la alícuota sería del 7,5 por mil.

Para el ejercicio siguiente, la ley 13.613, en su art. 27, ap. A), inc. 11, mantuvo esta distinción, agregando una especificación en su punto a), con relación a la alícuota disminuida, en cuanto a que las mencionadas entidades debían tener sede social o delegación en la Provincia o bien *“en la Localidad en que se encuentren los bienes y mercaderías, se desarrollen las prestaciones o, en los otros actos y contratos, en el sitio en que se celebren; o en la Localidad más próxima al lugar en que se verifiquen tales situaciones”*, a la vez que en su punto b) incrementó la alícuota correspondiente al 9 por mil.

Por su lado, las dos leyes restantes aquí involucradas, 13.787 y 13.930, mantuvieron las categorías señaladas mediante una redacción sustancialmente similar.

Tal como reconoce la demandada, dicha distinción obedece a la voluntad del legislador provincial de aplicar la alícuota más baja a los actos y contratos gravados para beneficiar a las entidades certificadoras y recaudadoras ubicadas dentro de la jurisdicción provincial (ver resolución 50/08, en especial fs. 14 vta., 15, y 15 vta.; 21; 24 vta. y 27). En efecto, tal como sostiene en la contestación de la demanda, *“se pretendió beneficiar la registración en las entidades locales, para que sean éstas las que perciban los ingresos provenientes de la registración, toda vez que luego de mencionar a las entidades registradoras se establece como condición, para aplicar la alícuota reducida, que su sede social o delegación esté ubicada en la localidad de origen del instrumento o en la más próxima si en ella no hubiera entidad registradora”* (confr. fs. 162, primer párrafo), enfatizando que *“se pretende beneficiar la registración en las entidades locales de modo que el ‘derecho de registro’ sea percibido en la localidad provincial”* (confr. fs. 162, segundo párrafo). Se trata, a su juicio, de una *“política de promoción y fomento de las localidades asiento de las operaciones que revelan la circulación de riqueza”* (confr. fs. 162 vta., tercer párrafo), que *“encuentra su justificación en razones extra-fiscales de política económica y social, tema que escapa al control judicial”* (confr. fs. 163, segundo párrafo).

-VII-

Adelanto que, desde mi perspectiva, las normas en crisis -más allá de las pequeñas diferencias y especificaciones en su redacción, que son irrelevantes a los fines del estudio aquí realizado- colisionan con claras y terminantes disposiciones de la Constitución Nacional, circunstancia que necesariamente acarrea su invalidez.

Cabe recordar que, de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) (arg. Fallos: 304:1186; 320:619, entre muchos otros).

Ha dicho V.E. desde sus orígenes mismos y de modo reiterado, que *“los actos de las legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos expresos, un poder exclusivo, o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos por éstas últimas”* (Fallos: 3:131; 302:1181; 320:619 entre otros).

En nuestro derecho constitucional, el art. 75, inc. 13, del Texto Fundamental confiere privativamente al Congreso la competencia de reglar el comercio entre provincias y con Estados extranjeros. La “cláusula comercial”, que se aprobó por unanimidad de los congresales según constancias de las actas (sesión del 28 de abril de 1853), es una réplica, en lo esencial, de la correspondiente a la Constitución federal norteamericana, aunque las potestades reconocidas al Congreso Nacional respecto del comercio son aún más amplias que las de su modelo del norte, desde que el inciso 12 del mismo artículo lo faculta a dictar el código respectivo, extremo que no acontece en los Estados Unidos. Pero, además, el tema se ratifica con lo dispuesto en el art. 126, que prohíbe a las provincias “expedir leyes sobre comercio o navegación interior o exterior”.

V.E. también ha consagrado, como su par norteamericana, una constante jurisprudencia tendiente a interpretar de manera amplia los alcances de la llamada “cláusula comercial”. En Fallos: 154:104, valga recordar para el caso, expresó que “el vocablo comercio usado por la Constitución Americana igual al de nuestro inciso 12 del art. 67, ha sido interpretado en el sentido de comprender, además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles para todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio, de ideas, órdenes y convenios (122.U.S.,

347). El poder para regular el comercio así comprendido es la facultad para prescribir las reglas a las cuales aquél se encuentra sometido y su ejercicio corresponde al Congreso de la Nación de una manera tan completa como podría serlo en un país unitario”. En idéntico sentido dijo la Corte que el “Congreso puede legislar sobre los aspectos de las actividades interiores de las provincias susceptibles de menoscabar u obstruir el comercio interprovincial y exterior, o perturbar el bienestar general en el orden nacional, en ejercicio de la facultad que le asiste para arreglar aquéllas y fomentar a éste, en la medida que a tales fines fuese necesario” (conf. Fallos: 139:259, 276; 188:248; 239:345, 349; 317:397; 319:998, etc.).

Dicha potestad, conviene tenerlo presente, “se relaciona estrechamente con las restantes disposiciones de la Ley Fundamental destinadas a impedir los obstáculos a la libre circulación económica (arts. 9°, 10 y 11)” (Fallos: 320:1302, cons. 3°, in fine).

Es preciso recordar, una vez más, las sabias y profundas palabras de ese Tribunal en la causa de Fallos: 178:9, cuando expresó que “La Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo, ha dicho con razón esta Corte: no habría Nación si cada provincia se condujera económicamente como una potencia independiente. Pero no se ha propuesto hacer una Nación centralizada. La Constitución ha fundado una unión indestructible pero de estados indestructibles (arts. 13, 67, inc. 14).

“Los constituyentes actores y testigos presenciales del proceso que tuvo su término en la Constitución de 1853, establecieron una unidad no por supresión de las provincias -camino que había obligado a desahuciar una terrible experiencia- sino por conciliación de la extrema diversidad de situación, riqueza, población y destino de los catorce estados y la creación de un órgano para esa conciliación, para la protección y estímulo de los intereses locales, cuyo conjunto se confunde con la Nación misma.

“El valor mayor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas.

“Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le im-

pide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación.

“No ha pretendido la Constitución rehacer la naturaleza y suprimir la característica de cada provincia sino dar a sus instituciones un denominador común.

“Cualquiera que sea el rasgo distintivo de la economía de las provincias, ganadera, industrial, minera, etc., no pueden éstas encontrar en la interpretación de la Constitución un veto para la acentuación de ese rasgo y el fortalecimiento de su riqueza característica, que es el fortalecimiento de la Nación”.

Tengo para mí que resulta prudente agregar que, en un precedente que guarda sustancial analogía con el caso *sub judice*, V.E. invalidó una ley local que gravaba con una patente y de manera diferenciada a los dependientes o agentes de casas establecidas en el territorio provincial frente a los comisionistas y viajantes vendedores de fuera de la provincia. Señaló en esa oportunidad que “por extensas que sean las facultades impositivas de las provincias, se encuentran sin embargo sometidas a las limitaciones establecidas en la Constitución de la Nación, entre las cuales figura, en primer término, la consignada en el art. 16 de dicha ley fundamental, que en lo pertinente al caso, prescribe que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. Que el recordado principio no se propone sancionar en materia de impuestos, un sistema determinado ni una regla férrea por la cual todos los habitantes o propietarios del estado deban contribuir con una alícuota igual al sostenimiento del gobierno, sino, solamente, establecer, como lo ha dicho repetidamente esta Corte, que en condiciones análogas se impongan gravámenes idénticos a los contribuyentes (...)”, agregando que “la norma constitucional de que se trata, no excluye la facultad del legislador para establecer distinciones o formar categorías de contribuyentes, siempre que tales clasificaciones no revistan el carácter de arbitrarias o estén inspiradas en un propósito manifiesto de hostilidad contra determinadas personas o clases (...); es decir, siempre que las distinciones, categorías o clasificaciones se apoyen en una base razonable o respondan a una finalidad económica o social (...)”. Y añadió, en cuanto al caso en concreto, que era evidente que la ley local examinada “ha vulnerado la igualdad ante la ley establecida en el art. 16 de la Constitución Nacional al gravarse por ella (...) a los agentes viajeros de las casas comerciales domiciliadas fuera de la Provincia, con una patente más elevada (\$700) que la que se cobraba a los agentes de las casas domiciliadas en el interior de la

misma “(\$100). Tal diferencia en el gravamen que dificulta la venta de mercaderías de cualquiera otra provincia en la de Corrientes crea una categoría arbitraria de contribuyentes, inspirada en un propósito de hostilidad y atenta a las finalidades perseguidas por la Constitución de asegurar el libre comercio interno en la República como si se tratara de un solo territorio para un mismo pueblo” (Fallos: 175:199, *in re* “C. Nac. de Tabacos S.A. c. Prov. de Corrientes”).

A mi modo de ver, con lo expresado es bastante para dejar a la luz que al dictar las referidas disposiciones de las leyes 13.404, 13.613, 13.787 y 13.930, la Provincia de Buenos Aires ha pretendido ejercer facultades que son propias e indelegables de las autoridades nacionales, en tanto regula el comercio interjurisdiccional.

-VIII-

En virtud de lo expuesto, considero que cabe hacer lugar a la demanda, tornándose insustancial el tratamiento de los demás argumentos esgrimidos por la actora. Buenos Aires, 26 de agosto de 2013. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Bolsa de Cereales de Buenos Aires c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, de los que

Resulta:

D) A fs. 90/108 la Bolsa de Cereales de Buenos Aires (según artículo 1° de su estatuto social Bolsa de Cereales, Oleaginosos, Frutos y Productos), en su condición de entidad recaudadora del impuesto de sellos de la Provincia de Buenos Aires, promueve acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra el referido Estado provincial, a fin de que se declare que la alícuota del tributo correspondiente a los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas registrados en su sede social ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante el año 2006, es la fijada en el artículo 27, inciso a, apartado 11, párrafo a, de la ley

impositiva local 13.404 vigente en ese período, y no la contemplada en el párrafo b de la norma citada; y, como consecuencia de ello, que no le resultan exigibles las diferencias determinadas en su contra en la resolución 50/08 del Jefe de Fiscalización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la entonces Dirección Provincial de Rentas, por los instrumentos registrados entre enero y abril de ese año.

Cuestiona asimismo el requisito adicional establecido en la ley provincial 13.613 (impositiva del año 2007) para la aplicación de la alícuota reducida prevista en su artículo 27, inciso A, apartado 11, párrafo a, cual es que los contratos sean registrados en entidades con sede social o delegación en la provincia, en la localidad en que se encuentren los bienes y mercaderías, se desarrollen las prestaciones o, en los otros actos y contratos que no tengan por objeto bienes ni prestaciones, en el sitio en que se celebren; o en la localidad más próxima al lugar en que se verifiquen tales situaciones, cuando en ellas no hubiere entidad registradora.

Explica que se encuentra autorizada para actuar como entidad registradora y recaudadora del impuesto de sellos provincial desde el año 1978, y que si bien cumple con sus obligaciones fiscales en forma centralizada en su sede de la Ciudad de Buenos Aires, también posee una delegación en Necochea y su archivo de documentos registrados en el Partido de Moreno, ambos en territorio provincial.

Aduce que en la resolución impugnada se sostuvo que cuando las leyes impositivas y la reglamentación aplicable se refieren indistintamente a que las entidades tengan delegación, establecimiento o representación en territorio de la Provincia de Buenos Aires, establecen que en tales lugares la entidad actúe como agente de recaudación.

Indica que como consecuencia de esa interpretación, se concluyó que en la localidad de Necochea no existía delegación alguna de la Bolsa de Cereales en el sentido exigido por la normativa entonces vigente (ley 13.404), desde que allí no se registraban contratos, ni se realizaba la retención del tributo.

Afirma, sin embargo, que hasta la sanción de la ley 13.613, las leyes impositivas locales jamás previeron la obligación de registrar los contratos en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, y menos aún de recaudar el impuesto en dicha jurisdicción como presupuesto para

la aplicación de la alícuota preferencial. En este sentido, le atribuye efectos retroactivos al acto administrativo cuestionado.

Alega que la cuestión traída a debate no es la mera interpretación de normas tributarias de derecho local, sino su incompatibilidad con los principios de legalidad e igualdad consagrados en la Constitución Nacional que rigen en la materia, y con las normas federales tributarias y de subsidio al consumo interno, que permiten al Gobierno Nacional preservar la estabilidad de precios, que considera un elemento central de la estabilidad macroeconómica.

Agrega que la alícuota establecida en la resolución impugnada y fijada en la legislación posterior —a la que califica de discriminatoria—, también afecta el comercio internacional de granos, que por la cláusula comercial de la Constitución (artículo 75, inciso 13) es competencia del Estado Nacional, dado que al establecerse que los contratos que se registren en su sede social deban afrontar un tributo más elevado, se produce un costo mayor a los exportadores de cereales.

A fs. 110/114 se amplía la demanda en los términos de los artículos 331 y 365 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que se declare la nulidad de las leyes impositivas posteriores de la Provincia de Buenos Aires 13.787 y 13.930 correspondientes a los años 2008 y 2009, respectivamente, en cuanto también establecen respecto al impuesto de sellos una alícuota especial más gravosa aplicable a aquellos contratos que no se registren en entidades con sede social en la provincia.

A fs. 126/128 la actora amplía nuevamente la demanda, e incorpora al proceso copia certificada de la resolución del 22 de mayo de 1978 (fs. 119/120), mediante la cual se la autorizó a recaudar el impuesto de sellos con alícuota reducida, y agrega asimismo copia del informe n° 112/07 de la Dirección Técnica Tributaria, cuyas conclusiones -afirman- demuestran la discriminación que sufre.

Destaca que el servicio de registración de los instrumentos sobre los que la Bolsa recauda el tributo local, tiene como contraprestación el llamado “derecho de registro” que cobran las entidades registradoras, y que en el caso concreto es del 0,2% sobre el precio del contrato.

Sostiene que como los operadores del mercado de granos y oleaginosas tratan de disminuir o, al menos, mantener sus costos, al aumentar la alícuota del impuesto se desvía el registro de los contratos hacia otras entidades y con ello también los ingresos correspondientes al “derecho de registro”.

A fs. 50/57 del incidente sobre medida cautelar la actora plantea la inconstitucionalidad de las leyes impositivas anuales sancionadas por la demandada desde el año 2007 hasta 2013, cuales son, además de las ya citadas, las números 14.044, 14.200 y 14.333, modificada por la ley 14.357, desde que —según esgrime— en todas ellas se mantiene la discriminación tributaria en razón del domicilio de su sede.

A fs. 60/62 del referido incidente se admitió la medida cautelar, estableciéndose que los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas que se registrasen en la Bolsa de Cereales de la Ciudad de Buenos Aires tributarían, durante el año 2013, la alícuota del siete con cinco por mil (7,5‰) prevista en el artículo 46, inciso A, apartado 12, párrafo a, de la ley 14.333 —sustituido por el artículo 21 de la ley 14.357—; como asimismo, que deberían tributar idéntica alícuota en el futuro que la que se estableciese para los que se registren en territorio provincial hasta tanto se defina la situación objeto de este litigio.

II) A fs. 158/164 la Provincia de Buenos Aires contesta la demanda y solicita su rechazo.

Cuestiona la legitimación activa para obrar de la entidad demandante, en tanto afirma que no es la obligada al pago del impuesto de sellos y no puede asumir la representación de los contribuyentes. Agrega en tal sentido que el hecho de que eventualmente deba asumir el pago de las diferencias determinadas y de las multas fijadas por haber omitido retener en forma correcta el tributo, no la autoriza a cuestionar la alícuota establecida.

Considera que es facultad del Estado provincial promover el bienestar y desarrollo de la actividad productiva, para lo cual, entre otras herramientas, puede recurrir al aumento o disminución de las alícuotas de sus gravámenes.

En tal orden de ideas, aduce que la resolución 50/08 dejó en claro que las diferencias determinadas contra la actora surgieron como consecuencia de haberse comprobado que el tributo fue recaudado entre enero y abril de 2006 empleando la alícuota del 0,5‰, cuando correspondía la del 0,75‰, por entender que no se cumplían los requisitos previstos en el artículo 27, inciso A, apartado 11, párrafo a, ya que la totalidad de los contratos fueron registrados en la sede ubicada en la Ciudad de Buenos Aires.

En relación a las leyes posteriores cuestionadas, destaca que a partir de la sanción de la ley 13.613, impositiva para el año 2007, se estableció un nuevo recaudo para que proceda la alícuota diferencial menor, cual es, que los contratos se registren en entidades con sede social o delegación en la localidad provincial en que se encuentren los bienes y mercaderías, o en la más próxima, cuando no hubiere entidad registradora en la de origen.

Reconoce que el fundamento del legislador local fue propiciar que el registro de los instrumentos sea efectuado dentro del ámbito de la provincia, y que con ello se pretendió beneficiar la certificación en los entes locales, para que sean éstos los que perciban los ingresos provenientes de las comisiones que cobran por la tarea de registración.

Indica que a partir de la ley 13.930 —año 2009— se suprimió la posibilidad de contar con una “delegación” en la provincia para que proceda la aplicación de la alícuota menor, y se estableció como condición para acceder a ese beneficio fiscal que actúen entidades con sede social en territorio provincial, “extensiva a través de las mismas a sus entidades asociadas de grado inferior en la Localidad en que se encuentren los bienes y mercaderías...”.

Concluye que los requisitos establecidos en las leyes impositivas referidas, no son discriminatorios, ni por tanto violatorios de derechos, principios o garantías constitucionales.

Considerando:

1º) Que el presente caso es de la competencia originaria de la Corte Suprema (artículo 117 de la Constitución Nacional).

2°) Que corresponde, en primer lugar, examinar la falta de legitimación de la parte actora planteada a fs. 158/164.

Tal defensa, como lo ha sostenido el Tribunal, se configura cuando alguna de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de la fundabilidad de ésta (Fallos: 310:2943; 311:2725; 312:985, 2138, entre otros).

3°) Que en relación al planteo efectuado contra la resolución 50/08 citada, aparece con suficiente evidencia el “perjuicio o lesión actual” que sufre la demandante, pues mediante ese acto administrativo cuya nulidad se persigue, se ha determinado una deuda impositiva en su contra y, asimismo, se le impusieron una multa por omisión y un recargo.

A su vez, como consecuencia de aquella determinación, se promovió el proceso caratulado “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Bolsa de Cereales, Oleaginosas, Frutos y Productos y otros s/ medida cautelar autónoma o anticipada - previsión” (expte. 15.897), en trámite ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo n° 2 del Departamento Judicial de La Plata, en el que se ordenó un embargo preventivo sobre inmuebles de propiedad de la actora y de las personas que integraban su Consejo Directivo, y una inhibición general de bienes que fue anotada en contra de todos ellos, medidas que fueron sustituidas por un seguro de caución (fs. 270/281 del expediente administrativo 2166-000452/2010 que se encuentra reservado).

4°) Que en lo que concierne a los cuestionamientos formulados respecto a la ley 13.613, y a las demás leyes impositivas anuales sancionadas por la Provincia de Buenos Aires durante la sustanciación de este proceso (13.787, 13.930, 14.044, 14.200 y 14.333, modificada por la ley 14.357), el planteo de inconstitucionalidad efectuado constituye una vía idónea para suscitar la intervención de este Tribunal, pues no se trata de dar solución a una hipótesis abstracta sino que procura precaver los efectos de la aplicación de esa legislación, a la que la actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, a la par de fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en el conflicto (Fallos: 311:421; 318:30; 323:1206 y 327:1034).

No resulta ocioso poner de resalto que la provincia determinó a través de su conducta administrativa las condiciones a las que la

actora debe someterse al responder la consulta que le fue formulada por la interesada en el expediente 2306-389043/2012 (fs. 10/11 del incidente citado).

Asimismo, cabe volver a destacar que el Tribunal dictó una medida cautelar por la que se estableció que a los contratos de compraventa de cereales y oleaginosas que se registrasen en la Bolsa de Cereales de la Ciudad de Buenos Aires, se les aplicaría la misma alícuota que la que se estableciese para los que se registrasen en territorio provincial hasta tanto se defina la situación objeto de este litigio (fs. 60/62 del incidente respectivo).

Tales circunstancias traducen un interés serio y suficiente para obtener la declaración de certeza pretendida, mantienen la condición de presencia de un caso, e imponen el pronunciamiento del Tribunal, máxime cuando la definición de la cuestión determinará si existen o no diferencias a favor del fisco provincial generadas como consecuencia de aquella decisión cautelar (arg. causa A.481.XXXIX “Argenova S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa”, sentencia del 14 de diciembre de 2010).

5°) Que en ese marco, tampoco puede ser atendido el argumento de la provincia para sustentar su defensa, según el cual la Bolsa de Cereales de Buenos Aires no reviste la condición de contribuyente del impuesto de sellos, circunstancia que a juicio de la demandada también obstaría a la procedencia de la acción intentada en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; ya que en la resolución determinativa del tributo se consideró que “*el agente de recaudación es un deudor directo del Fisco y no un garante o fiador de obligaciones ajenas, debiendo responder por los impuestos no ingresados, siendo aún pasible de sanciones*” (fs. 2520 vta. del expediente administrativo 2306-192208/06 incorporado como prueba en copias certificadas).

En tales condiciones, aparece configurado en el sub examine el concepto de “causa” en tanto se busca prevenir los efectos de actos a los que se les atribuye ilegitimidad y lesión a normas constitucionales (Fallos: 327:1108).

6°) Que, con respecto al fondo del asunto, es preciso señalar que las distintas leyes impositivas sancionadas anualmente por la Provin-

cia de Buenos Aires -cuya vigencia se circunscribe al ejercicio fiscal para el que fueron dictadas-, incorporaron al sistema tributario local un régimen especial aplicable al impuesto de sellos, que consiste en gravar a determinados contratos con una alícuota menor a la general prevista para el pago del tributo. Para la aplicación de ese beneficio fiscal se fijó como condición que aquéllos se registren en ciertas entidades facultadas para recaudar el impuesto.

Así, la ley impositiva provincial que regía durante el año 2006, 13.404, fijó en su artículo 27, inciso A, las alícuotas que debían tributarse en concepto de impuesto de sellos por los “Actos y contratos en general”, y en el apartado 11 reguló lo relativo a las “Mercaderías y bienes muebles; locación o sublocación de obras, de servicios y de bienes muebles e inmuebles y demás actos y contratos”, estableciendo en el párrafo a –en lo que aquí interesa- que por las operaciones de compraventa al contado o a plazo de mercaderías (excepto automotores), cereales, oleaginosos, productos o subproductos de la ganadería o agricultura, correspondía tributar el cinco por mil (5,0‰), “siempre que sean registrados en Bolsas, Mercados o Cámaras, constituidas bajo la forma de sociedades; Cooperativas de grado superior; Mercados a Término y asociaciones civiles; con sede social o delegación en la Provincia y que reúnan los requisitos y se someta a las obligaciones que establezca la Autoridad de Aplicación”.

Inmediatamente después, en el párrafo b, estableció que “Por las mismas operaciones cuando no se cumplan las condiciones establecidas en el párrafo anterior”, la alícuota sería del siete con cinco por mil (7,5‰).

7°) Que en ese contexto legal se dictó la resolución 50/08 aquí impugnada, mediante la cual se determinaron diferencias a pagar en contra de la Bolsa de Cereales, en su condición de entidad registradora y de agente de recaudación, correspondiente a los contratos registrados en su sede social ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante el período enero a abril de 2006. Asimismo se le impuso una multa por omisión (artículo 53, Código Fiscal local -ley 10.397, T.O. 2004) y el recargo previsto en el artículo 51, inciso f del mismo ordenamiento legal (fs. 2518/2555 del expediente administrativo 2306-192208/06).

El fundamento de la decisión residió en la interpretación efectuada por la entonces Dirección Provincial de Rentas en sentido de que

“cuando las leyes impositivas y la reglamentación aplicable se refieren indistintamente a que las entidades tengan delegación, establecimiento o representación en el territorio de la provincia de Buenos Aires, establecen inequívocamente que en tal lugar la entidad actúe como Agente de Recaudación del Impuesto de Sellos” (fs. 2522 de las actuaciones citadas), condición que no cumplía la demandante.

8°) Que con posterioridad al dictado de la resolución determinativa y sancionatoria 50/08, la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) se expidió en sentido contrario a la interpretación efectuada en aquella oportunidad.

En efecto, en el informe 32/09 del Subdirector Ejecutivo de Planificación y Coordinación de ARBA, se sostuvo que hasta la entrada en vigencia en el año 2007 de la ley 13.613 —que luego será examinada—, las distintas leyes impositivas, entre ellas, la correspondiente al año 2006, 13.404, no establecían como condición para la aplicación de la alícuota menor que los instrumentos fueran necesariamente presentados para su registración en jurisdicción bonaerense, sino que resultaba suficiente que la entidad registradora autorizada tuviese sede social o al menos una delegación en territorio provincial, cualquiera fuese el sitio en el que el contrato hubiese sido presentado para su registración (fs. 2886/2890 del expediente administrativo 2306-192208/06).

Allí mismo se citaron las previsiones contenidas en el tercer párrafo del artículo 29 del Código Fiscal (T.O. 2004), y en el artículo 20 de la disposición normativa serie “B” n° 1/04 —vigentes al tiempo de la determinación—, en cuanto preveían que los domicilios ubicados en la Capital Federal no debían ser considerados como de extraña jurisdicción; y se concluyó que aun cuando se considerase a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como una jurisdicción extraña a la provincia, no podía soslayarse que la entidad registradora cuya sede social se encuentra en dicha ciudad, contaba al momento de timbrar los contratos con una filial en la localidad de Necochea; es decir, cumplía el requisito legal de tener una delegación en el territorio provincial, necesario para encontrarse habilitada a recaudar el tributo mediante la aplicación de la alícuota preferencial menor.

Cabe poner de resalto que en su dictamen del 4 de enero de 2011 la Asesoría General del Gobierno provincial compartió las conclusiones

del referido informe 32/09 (fs. 269 del expediente administrativo 2166-000452/2010 que se encuentra reservado).

9°) Que en las condiciones expuestas, reconocida por la propia demandada la existencia de una delegación de la Bolsa de Cereales en territorio provincial, y con ello el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 27, inciso a, apartado 11, párrafo a de la ley 13.404 para la aplicación de la alícuota reducida del impuesto de sellos vigente durante el año 2006, corresponde concluir que el principio de legalidad fiscal o de reserva, que requiere que una ley formal tipifique el hecho imponible y que constituya la posterior causa de la obligación tributaria (Fallos: 329:1568), aparece claramente afectado por la resolución 50/08, en tanto aquella disposición no exigía que los instrumentos se registren en territorio provincial como recaudo para la procedencia de aquel beneficio fiscal.

Es dable recordar que esta Corte ha señalado que el referido principio de legalidad o de reserva de la ley no es solo una expresión jurídico formal de la tributación, sino que constituye una garantía substancial en este campo, en la medida en que su esencia viene dada por la representatividad de los contribuyentes. En tal sentido este principio de raigambre constitucional abarca tanto a la creación de impuestos, tasas o contribuciones como a las modificaciones de los elementos esenciales que componen el tributo, es decir el hecho imponible, la alícuota, los sujetos alcanzados y las exenciones (Fallos: 329:1554).

Corresponde, entonces, admitir el planteo efectuado contra la resolución 50/08 del Jefe de Fiscalización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la entonces Dirección Provincial de Rentas.

10) Que sentado lo expuesto, debe examinarse el planteo de inconstitucionalidad formulado en relación a las leyes impositivas provinciales sancionadas a partir del año 2007.

En lo que a ello concierne es preciso indicar que la ley 13.613 —impositiva para el año 2007— introdujo a partir de su entrada en vigencia como nuevo requisito para que proceda la aplicación de la alícuota diferencial menor del 5%, que los instrumentos allí mencionados se registren en una entidad con sede social o delegación en la provincia, “en la localidad en que se encuentren los bienes y mercaderías, se desarrollen las prestaciones o, en los otros actos y contratos, en el sitio

en que se celebren; o en la localidad más próxima al lugar en que se verifiquen tales situaciones, cuando en ellas no hubiere entidad registradora” (artículo 27, inciso A, apartado 11, párrafo a).

Asimismo, dispuso para ese año la modificación de la alícuota mayor; la que se elevó del 7,5‰ al 9‰.

En los fundamentos que acompañaron el proyecto de ley a la Legislatura provincial para su sanción, se indicó en relación al impuesto de sellos que “se propicia una modificación respecto de los instrumentos que pueden registrarse en bolsas, mercados, cámaras y asociaciones, con el objeto de promover que dicha registración sea efectuada en las localidades de origen de las mercaderías y bienes o en la más próxima cuando en ella no opere una entidad registradora, pero siempre en el ámbito provincial”.

El propósito perseguido con esa modificación se ve claramente reflejado en el informe 112/07 de la Dirección Técnica Tributaria agregado en copia a fs. 121/122, en el que expresamente se sostiene que “con el nuevo requisito incorporado por la Ley N° 13.613 se pretende beneficiar a las entidades locales para que sean éstas las que perciban los ingresos provenientes del ‘derecho de registro’”. Tal circunstancia fue expresamente reconocida por la provincia en su contestación de demanda (fs. 162).

Cabe indicar que la ley impositiva del año 2008, 13.787, reiteró los requisitos previstos en la norma vigente en el ejercicio anterior para aplicar las alícuotas preferenciales.

11) Que mediante el informe 117/07 la autoridad tributaria local se expidió en relación a las nuevas condiciones establecidas en las leyes referidas, y concluyó que las sucursales, dependencias, oficinas de atención o recepción con las que cuenta una entidad con sede social en la provincia, si bien pueden actuar como tales, debían aplicar la alícuota del 9‰.

Ello, por cuanto entendió que solo correspondía aplicar la alícuota diferencial menor del 5‰ a los contratos registrados en la sede social situada en la localidad en que se encuentren los bienes y mercaderías, se desarrollen las prestaciones o —en otro tipo de actos— en el lugar

de celebración que surja de los instrumentos objeto de registración; o en la localidad más próxima al lugar en que se verifiquen tales situaciones (fs. 82/84).

12) Que la ley sancionada el año siguiente, 13.930, introdujo nuevas reformas y a los efectos de la aplicación de la alícuota menor se dispuso, además del requisito de la localización, que la registración se debía realizar ante “Bolsas, Mercados o Cámaras, constituidas bajo la forma de sociedades; Cooperativas de grado superior; Mercados a Término y asociaciones civiles; con sede social en la Provincia, extensiva a través de ellas mismas a sus entidades asociadas de grado inferior...” (artículo 27, inciso A, apartado 11, párrafo a).

De la lectura de la norma se desprende que, habiéndose eliminado el vocablo “delegación”, la alícuota preferencial resultó aplicable a partir de entonces solo a los casos en que la entidad registradora tuviera su sede social en la provincia. Por consiguiente, las entidades con asiento fuera de su territorio, aun cuando tuvieran una delegación en ella, debían siempre registrar los contratos aplicando la alícuota diferencial mayor.

Cabe destacar que si bien las “entidades asociadas de grado inferior” pueden captar actos respecto de los cuales se considera su sede (el de la asociada de grado inferior) a los fines de cumplir con el requisito de la localización del contrato, en cuyo caso sería de aplicación la alícuota menor, lo cierto es que siempre resulta necesario que se trate de una entidad registradora con sede social en la provincia, de la cual aquéllas dependan.

Las leyes impositivas sancionadas para los años 2010 y 2011 -14.044 y 14.200-, mantuvieron la misma redacción en sus artículos 42, inciso A, apartado 12, párrafo a, y 45, inciso A, apartado 12, párrafo a, respectivamente.

13) Que con la sanción de la ley 14.333 (impositiva para el año 2012) se estableció que incluso para la aplicación de la alícuota diferencial mayor la entidad registradora también debía tener “sede social en la Provincia” (artículo 46, inciso A, apartado 12, párrafo b), quedando por tanto fuera del régimen las entidades con sede social fuera del territorio provincial.

Esta situación se superó con la sanción de la ley 14.357, cuyo artículo 21 sustituyó al artículo 46 citado, disponiendo en el inciso a, apartado 12, párrafo b que resulta aplicable la alícuota diferencial mayor “Por las mismas operaciones cuando no se cumplan las condiciones establecidas en el párrafo anterior”, es decir, cuando la registración se realice en una entidad que no tenga sede social en la provincia, o en caso de que se realice la registración en una entidad que sí la tenga pero no cumpla con el requisito de localización del objeto del contrato o del lugar de celebración.

Asimismo, el artículo 32 de la citada ley 14.357 estableció que la modificación referida (excepto el incremento de la alícuota) tiene vigencia desde el 1° de enero de 2012.

Por lo demás, las leyes 14.394 y 14.553, correspondientes a los años 2013 y 2014, mantuvieron la discriminación en razón del domicilio de las entidades registradoras en términos similares.

14) Que, efectuada la reseña anterior, es dable recordar que si bien las provincias conservan los poderes necesarios para el cumplimiento de sus fines y, entre ellos, las facultades impositivas que conduzcan al logro de su bienestar y desarrollo, por lo que pueden escoger los objetos imponibles y la determinación de los medios para distribuirlos en la forma y alcance que les parezca más conveniente, tales atribuciones encuentran el valladar de los principios consagrados en la Constitución Nacional (Fallos: 320:1302 y sus citas).

Entre las limitaciones establecidas en la Constitución Nacional a las facultades impositivas provinciales figura la consagrada en su artículo 16, que en lo pertinente al caso, prescribe que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

El recordado principio que, como garantía fundamental, ha establecido la Constitución, está claramente fijado en su significación y alcances en la jurisprudencia de esta Corte que, en materia de impuestos ha decidido que aquella “no constituye una regla absoluta que obligue al legislador a cerrar los ojos ante las diversas circunstancias, condiciones o diferencias que puedan presentarse a su consideración; lo que estatuye aquella regla es la obligación de igualar a todas las personas o instituciones afectadas por un impuesto, dentro de la categoría, grupo o clasificación que le corresponda, evitando distinciones

arbitrarias, inspiradas en propósitos manifiestos de hostilidad contra determinadas clases o personas” (Fallos: 115:111; 132:402; entre otros).

15) Que el establecimiento de clasificaciones y categorías para la percepción de los impuestos debe ser estrictamente compatible con el principio de igualdad, pero no solo a condición de que todos los que sean colocados en una clase o categoría reciban el mismo tratamiento, sino también –y es lo esencial– que la clasificación misma tenga razón de ser, esto es, que corresponda razonablemente a distinciones reales (Fallos: 200:424).

La vaguedad con que aparece enunciado el principio es solo aparente. El criterio de las semejanzas y diferencias de las circunstancias y de las condiciones cuando se aplica a los hechos que son objeto de examen en cada caso particular, se convierte en un medio eficaz y seguro para definir y precisar el contenido real de la garantía en cuestión. La regla, desde luego, no prescribe una rígida igualdad, y entrega a la discreción y sabiduría de los gobiernos una amplia latitud para ordenar y agrupar distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación; pero, a su vez, el mero hecho de la clasificación no es bastante por sí solo para declarar que una ley no ha violado la garantía del artículo 16, es indispensable, además, demostrar que aquélla se ha basado en alguna diferencia razonable y no en una selección puramente arbitraria (Fallos: 149:417).

16) Que el Tribunal ha establecido que aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos: 310:2845; 311:394; 312:435, entre otros).

El principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional (Fallos: 316:3104; 328:566).

17) Que en materia de igualdad, el control de razonabilidad exige determinar si a todas las personas o situaciones incluidas en la categoría se les reconocen iguales derechos o se les aplican similares cargas;

se trata, en definitiva, de examinar los elementos de clasificación que la componen, y observar si se excluye a alguien que debería estar dentro y recibir igual atención jurídica.

18) Que, en lo que aquí interesa, la categoría establecida en las sucesivas leyes impositivas provinciales impugnadas en el sub examine, se compone por las entidades registradoras de los contratos en los que se instrumentan las operaciones de compraventa de cereales y oleaginosas.

En tal clasificación se pone en pie de igualdad a las “Bolsas, Mercados o Cámaras, constituidas bajo la forma de sociedades; Cooperativas de grado superior; Mercados a Término y asociaciones civiles”; pero —y éste es el punto en que el principio de igualdad resulta vulnerado—, se fijan alícuotas diferenciales, ya sea que aquellos instrumentos se registren en entidades radicadas en la provincia o fuera de su territorio.

19) Que la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, en su condición de entidad registradora de las operaciones de compra venta de cereales y oleaginosas, recauda el impuesto de sellos provincial en su sede social ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el año 1978.

En tales condiciones, no se advierte que se encuentre en una situación diferente que las restantes entidades incluidas en la categoría que cumplen la misma función de registración y recaudación, desde que la discriminación establecida en el régimen cuestionado en función del domicilio de las sedes sociales de aquéllas, no constituye una pauta razonable que autorice a ubicarlas en grupos distintos que, a los efectos impositivos, permita la fijación de alícuotas diferenciales (arg. Fallos: 320:1302 y 322:1781).

Es que el distinto domicilio de una persona no puede ser un elemento diferenciado dentro de una categoría obligada al pago o a la recaudación de un tributo, ya que no reviste la característica determinante para establecer que por ese solo extremo integra un grupo diverso que debe ser sometido a regulaciones diferentes. Cabe al respecto precisar que la norma no puede constreñir en definitiva al afectado, a fin de beneficiarse con una menor alícuota impositiva, a radicarse en el territorio provincial para ejercer la función para la que se encuentra expresa y legalmente habilitada. La conclusión contraria llevaría a lesionar seriamente su libertad de elección para establecer la sede de sus negocios, y la igualdad frente a las cargas públicas con relación a

aquellas entidades que, igualmente libres, habilitadas y con idéntica actividad, decidieron instalarse en la Provincia de Buenos Aires.

20) Que por los fundamentos expuestos no es válida la alegación de que el Estado provincial pueda recurrir al aumento o disminución de las alícuotas de sus gravámenes como herramienta de su resorte para promover el bienestar y desarrollo de la actividad productiva, ni que el fundamento del legislador local haya sido propiciar que el registro de los instrumentos se realice dentro del ámbito de la provincia, para que los entes locales perciban los ingresos provenientes de las comisiones que cobran por la tarea de registración, pues el distinto tratamiento que reciben las instituciones agrupadas en la misma categoría, consagra una manifiesta iniquidad y afecta a la garantía constitucional del artículo 16 de la Ley Fundamental, desde que, aun cuando se alcanzasen aquellos propósitos mediante la regulación tributaria en examen, lo cierto es que su aplicación al caso concreto genera una discriminación arbitraria en virtud de la ubicación de la sede social de la demandante y, por tanto, no supera el control de razonabilidad efectuado.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se decide: Hacer lugar a la demanda entablada por la Bolsa de Cereales de Buenos Aires y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de la resolución 50/08 del Jefe de Fiscalización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la entonces Dirección Provincial de Rentas, como así también del régimen establecido en relación al impuesto de sellos mediante el cual se fijaron alícuotas diferenciales, en los términos indicados en los considerandos de este pronunciamiento. Con costas a la vencida (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA
— E. RAÚL ZAFFARONI.

Parte actora: **Bolsa de Cereales (según estatuto social Bolsa de Cereales, Oleaginosos, Frutos y Productos)**, representada por su letrado apoderado, Dr. Adrián Vera, con el patrocinio de los Dres. Juan Vicente Solá y Horacio E. Gorosito.

Parte demandada: **Provincia de Buenos Aires**, representada por su apoderado, Dr. Alejandro Juan Fernández Llanos, con el patrocinio letrado de la Dra. Luisa Margarita Petcoff.

CETECO ARG. S.A. SU QUIEBRA c/ CETECO FINANCE B.V.
s/ ORDINARIO

CADUCIDAD

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que consideró que eran inadmisibles las ampliaciones de demanda formuladas por la fallida por haber sido deducidas con posterioridad al vencimiento del plazo de caducidad establecido por el art. 38 de la Ley de Concursos y Quiebras para plantear la acción de revocación por causa de dolo, ya que dichas ampliaciones solo introdujeron fundamentos y pruebas pero resulta indudable que con la presentación de la demanda en tiempo oportuno se produjo el acto impeditivo de la caducidad de la acción, por lo cual se ha realizado una aplicación indebida de la norma mencionada y se han introducido restricciones al derecho de defensa en juicio de la actora que carecen de todo sustento normativo.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, hizo lugar al pedido de desglose de las ampliaciones de la demanda efectuadas por la fallida, por considerar que fueron posteriores al vencimiento del plazo de caducidad del artículo 38 de la ley 24.522 (fs. 949).

Contra esta sentencia, la Fiscal General ante la Cámara y la fallida interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 950/967 y 982/1002 vta., respectivamente), que fueron concedidos (fs. 1025).

Con respecto a la vista que se corre a este Ministerio Público Fiscal en esta oportunidad, y a los efectos de evitar reiteraciones innecesarias, me remito a los fundamentos expuestos en el recurso extraordinario de fojas 950/967.

En mérito de ello, sostengo el recurso interpuesto por la Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y considero que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la fallida. Buenos Aires, 10 de abril de 2014. *Irma Adriana García Netto*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Ceteco Arg. S.A. su quiebra c/ Ceteco Finance B.V. s/ ord. (revocatoria por dolo)”.

Considerando:

1°) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, al revocar lo decidido por la instancia anterior, consideró que eran inadmisibles las ampliaciones de demanda formuladas por la fallida a fs. 13/13 bis, 51/56 vta., 60/61 vta., 70/70 vta. y 80/81 por haber sido deducidas con posterioridad al vencimiento del plazo de caducidad establecido por el art. 38 de la Ley de Concursos y Quiebras para plantear la acción de revocación por causa de dolo.

Para así decidir, el tribunal a quo estimó aplicable al caso, en forma analógica, el criterio jurisprudencial de esa cámara relativo a la inaplicabilidad de las reglas procesales que habilitan la transformación y ampliación de la demanda antes de su notificación (art. 331 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) a la acción de impugnación de las decisiones assemblearias por entender que ello resultaría incompatible con el plazo de caducidad de la acción y porque desnaturalizaría la finalidad del art. 251 de la ley 19.550.

2°) Que, contra tal decisión, la señora Fiscal General ante la cámara y la sociedad fallida, dedujeron sendos recursos extraordinarios —obrantes a fs. 950/967 y 982/1002 vta., respectivamente—, que, tras ser respondidos por la sindicatura concursal (fs. 981 y 1019/1020) y por Ceteco Finance B.V. (fs. 973/979 y 1007/1017), fueron concedidos mediante la resolución de fs. 1025/1025 vta. A fs. 1070 la señora Procuradora Fiscal ante esta Corte sostuvo el aludido recurso interpuesto por la señora Fiscal de cámara.

3°) Que si bien, como regla, no son impugnables por la vía del art. 14 de la ley 48 las decisiones de índole procesal que no resuelven el fondo de la cuestión controvertida, tiene dicho esta Corte que corresponde apartarse de ese principio cuando lo resuelto puede equipararse, por sus efectos, a una sentencia definitiva. En este sentido, ha dicho

el Tribunal que cabe reputar definitivo al pronunciamiento que origina agravios cuya enmienda en la oportunidad procesal en que se los invoca, exhibe prima facie entidad bastante y que, de ser mantenido, generaría consecuencias de insuficiente o imposible reparación ulterior (doctrina de Fallos: 310:276 y 937, entre otros; conf., en el mismo sentido, Fallos: 328:4007, entre muchos otros). Tal situación se presenta en el caso en examen pues, de no admitirse las ampliaciones de la demanda, la fallida se encontraría privada de ejercer los medios legales para la tutela de su derecho, como lo es el aporte de argumentos y elementos probatorios que, según afirma, respaldarían la posición sostenida por ella en cuanto al carácter fraudulento que atribuye a un crédito millonario insinuado y verificado por la demandada.

4°) Que en primer lugar cabe destacar que la actora ha promovido una acción de revocatoria por dolo (art. 38 de la Ley de Concursos y Quiebras) y que ha quedado establecido que la demanda ha sido interpuesta en tiempo oportuno, antes de que venciera el plazo de caducidad establecido por el citado art. 38 (conf. lo resuelto a fs. 863/865).

Al respecto cabe puntualizar que las ampliaciones de la referida demanda, instrumentadas mediante las presentaciones de fs. 13/13 bis, 51/56, 60/61, 70/70 vta. y 80/81 —cuya procedencia se discute— solo introdujeron fundamentos y pruebas, referidos al sujeto, causa y objeto del litigio planteados en aquélla.

5°) Que, de tal manera, resulta indudable que con la presentación de la demanda en tiempo oportuno se produjo el acto impeditivo de la caducidad de la referida acción de revocación por causa de dolo.

6°) Que, al ser ello así, asiste razón a los recurrentes en cuanto aducen que el a quo ha realizado una aplicación indebida de la caducidad prevista por el citado art. 38, y que, de tal manera, ha introducido restricciones al derecho de defensa en juicio de la actora que carecen de todo sustento normativo y están reñidas con los efectos extintivos de la caducidad por la realización del acto impeditivo de ésta.

7°) Que, por lo tanto, cabe concluir que la decisión apelada ha impedido a la actora, sin ningún fundamento válido, ampliar la demanda antes de su notificación, como lo prevé el art. 331 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En tales condiciones, y de acuerdo con lo antes expuesto, media relación directa e inmediata entre lo resuelto por el

a quo y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (art. 15 de la ley 48), por lo que corresponde revocar la decisión apelada en los términos de la conocida doctrina de esta Corte sobre la arbitrariedad de sentencias (Fallos: 275:405; 276:17, entre muchos otros).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declaran procedentes los recursos extraordinarios y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, proceda a dictar nuevo pronunciamiento de acuerdo con lo decidido en la presente. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recursos extraordinarios interpuestos por **la entonces Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Dra. Alejandra M. Gils Carbó**; y por **Ceteco Argentina S.A.**, representada por **Edgardo Raúl Reta**, con el patrocinio letrado de los Dres. **Gregorio Badeni** y **Carlos José Laplacette**.

Traslados contestados por **Ceteco Finance B.V.**, representada por el Dr. **Carlos María Fariña** y **la sindicatura concursal**, representada por el Dr. **Carlos Alberto Lesta**, con el patrocinio letrado del Dr. **Guido Martorano**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B.**

Intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 19.**

**LOREAL ARGENTINA S.A. c/ MUNICIPALIDAD DE JUSTO
DARACT s/ ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

COPARTICIPACION DE IMPUESTOS

Corresponde dejar sin efecto la sentencia si para desestimar válidamente las impugnaciones de la empresa actora a la pretensión del municipio y resolver adecuadamente el pleito, el a quo no pudo omitir el examen y decisión del planteo referente a que el gravamen cuestionado se encontraba en pugna con la ley de coparticipación federal, máxime teniendo en consideración que asignó al derecho de publicidad y propaganda en el interior de los locales el carácter de “impuesto”, con lo cual resultaba claramente ineludible la necesidad de un pronunciamiento sobre dicha cuestión.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de San Luis rechazó parcialmente la demanda interpuesta por L'Oréal Argentina S.A. y desestimó el planteo de inconstitucionalidad del derecho a la publicidad y propaganda establecido en el artículo 153 y siguientes del Código Tributario de la municipalidad de Justo Daract (fs. 337/348).

Para así decidir, el tribunal destacó que, conforme al artículo 5 de la Constitución Nacional, los municipios poseen la facultad de crear tributos en el territorio en el que ejercen jurisdicción. En este marco, estableció que la demandada se encuentra legitimada para gravar los anuncios colocados en el interior de los comercios ubicados en su municipio.

Sentado ello, caracterizó al derecho en cuestión como un impuesto. Sostuvo que éste era de carácter indirecto en virtud de que grava la actividad publicitaria comercial realizada en el municipio demandado, y no una manifestación directa de la capacidad contributiva. Destacó que entre los sujetos pasivos del impuesto se encuentran quienes obtienen el rédito de la publicidad, como el fabricante o comercializador del producto publicitado. En tanto se había probado la existencia de anuncios publicitarios de productos fabricados por la actora y, ciertamente, era ella quien se beneficiaba en forma directa con la publicidad de éstos, el tribunal afirmó que ella se encontraba alcanzada por la obligación tributaria en carácter de responsable solidaria.

No obstante, determinó que la actora debía tributar únicamente por el ejercicio fiscal del año 2006, en tanto la municipalidad no había acreditado la existencia del hecho imponible durante los ejercicios fiscales correspondientes a los años 2001 a 2005. Justificó su decisión en el hecho de que las actas labradas por la parte demandada -donde se reconoce la existencia de publicidad de los productos fabricados y comercializados por la actora en el interior de ciertos comercios ubicados en el territorio del municipio- habían sido confeccionadas el 1 de marzo de 2006.

-II-

Contra dicho pronunciamiento la actora interpuso recurso extraordinario federal que fue concedido por el *a quo* (fs. 358/377 y 401/402).

En primer lugar, la actora sostiene, en lo principal, que el derecho a la publicidad y propaganda es contrario al régimen de coparticipación federal de recursos fiscales, puesto que se trata de un impuesto de naturaleza local que grava el mismo hecho imponible que el impuesto a las ganancias. Recuerda que el artículo 9, inciso b, primer párrafo, de la ley 23.548 prohíbe que las provincias y sus respectivos municipios establezcan gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por aquella ley.

En segundo lugar, alega que el cobro de este impuesto implica un ejercicio desmedido de las potestades tributarias locales establecidas en los artículos 5, 75, inciso 13, y 123 de la Constitución Nacional ya que alcanza a sujetos que no actúan dentro del territorio municipal. En este marco, cuestiona la figura del “responsable solidario” que obliga a ingresar el impuesto a quienes no colocaron los anuncios, no poseen vinculación con los comercios donde los exhiben y no tienen sede ni desarrollan actividad alguna en el municipio. Agrega que el responsable solidario se transforma en el único sujeto pasivo del tributo, puesto que, en los hechos, sólo a éste se le exige el cumplimiento de la obligación.

Por último, descalifica la decisión del a quo sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad en tanto no tuvo en cuenta una de las exenciones impositivas previstas en la norma local que, en su entender, la eximen de responsabilidad. En el mismo sentido, también señala que se ha violado su derecho de defensa ya que las publicidades en virtud de las cuales se afirmó que se había generado el hecho imponible no habían sido correctamente identificadas.

-III-

En mi opinión, el recurso extraordinario es formalmente admisible en cuanto cuestiona una norma de carácter local sobre la base de que contraría una ley del Congreso Nacional -la ley de coparticipación federal de impuestos 23.548- y diversas garantías constitucionales -en especial, las potestades tributarias locales-, y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido en favor de la validez de aquélla (art. 14, inc. 2, ley 48).

Por lo demás, en cuanto al agravio de la parte actora en relación con la arbitrariedad de la decisión del a quo sobre la falta de tratamiento de la supuesta exención y respecto de la vulneración del derecho de defensa, la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte Suprema en un tribunal de instancia ordinaria, sino que procura cubrir

casos de carácter excepcional, en los que groseras deficiencias lógicas del razonamiento, o una total ausencia de fundamento jurídico, impidan reconocer en el pronunciamiento de los jueces ordinarios la “sentencia fundada en ley” a la que toda parte tiene derecho (Fallos: 324:4321; 325:3265). Tal como se desarrollará a continuación, esa situación no se verifica en el presente caso, desde que la crítica, finalmente, no excede la mera discrepancia con lo resuelto por el a quo. En este sentido, entiendo que el recurso extraordinario fue mal concedido.

-IV-

L'Oréal Argentina es una sociedad anónima que se dedica principalmente a la producción y comercialización de productos de belleza y cosmética. La municipalidad de Justo Daract, ubicada en la provincia de San Luis, habría detectado publicidades de productos de L'Oréal Argentina en el interior de distintos comercios ubicados en el territorio en el que ejerce jurisdicción que se visualizan desde la vía pública.

En virtud de ello, el intendente de la municipalidad dictó una determinación de oficio en tanto entendió que aquella actividad se encontraba alcanzada por el derecho a la publicidad y propaganda establecido en el Código Tributario municipal (fs. 21).

Ante todo, cabe destacar que la renta de la municipalidad de Justo Daract se encuentra integrada, en parte, por “los derechos de publicidad y propaganda de todas clases y por cualquier medio, fijación de avisos, letreros, tableros, postes, anunciadores, banderas, toldos en la vía pública, exterior e interior, estaciones, teatros, cinematógrafos, cafés, bares, confiterías y demás establecimientos de acceso público” (art. 48, inc. 9, ley del régimen municipal XII-0349-2004).

En este sentido, el Código Tributario municipal establece que se abonarán los importes que al efecto se establezcan por toda clase de publicidad y propaganda, ya sea oral, escrita, televisada, filmada, radial y/o decorativa, que se realice en la vía pública o en lugares audibles o visibles desde ésta, así como también en el interior de los locales destinados al público (art. 153, Código Tributario de la municipalidad de Justo Daract, texto según ordenanza 1391-R1-2002).

Los sujetos obligados al pago son los responsables de los establecimientos en que se realiza la publicidad o los propietarios de los lugares en los que se efectúa, a quienes beneficie la publicidad y todos aquellos que se dediquen o intervengan en la actividad publicitaria por cuenta o contratación de terceros (art. 154, Código Tributario de la municipalidad de Justo Daract, texto según ordenanza 1391-R1-2002).

La primera cuestión a dilucidar consiste, entonces, en si la contribución establecida por la municipalidad de Justo Daract es un impuesto o una tasa, para así determinar si viola el régimen de coparticipación federal de recursos fiscales.

Tal como sostuvo esta Procuración General en el dictamen en la causa “Laboratorios Raffo S.A. c/ Municipalidad de Córdoba”, S.C. L. 1303, la distinción entre tasas e impuestos no es meramente académica, sino que tiene un rol esencial en la coordinación de potestades tributarias entre los diferentes niveles de gobierno. En efecto, el artículo 9, inciso b, de la ley de coparticipación federal excluye a las tasas retributivas de servicios de la prohibición de establecer gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos.

En el mismo dictamen -que fue compartido por la Corte Suprema en Fallos: 332:1503-, este Ministerio Público Fiscal definió a la “tasa” como una categoría tributaria, que si bien posee una estructura jurídica análoga al impuesto, “se diferencia de éste por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado y que, por ello, desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, éste no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquél, o no tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general (Fallos: 251:50, 222; 312:1575; 323:3770; 326:4251, entre otros)”.

En suma, el elemento definitorio de una tasa es la existencia de un servicio en contraprestación a su pago.

En el presente caso, el municipio exige el pago de una contribución por los derechos de publicidad y propaganda en contraprestación del servicio específico de inspección llevado a cabo por el organismo estatal. Ese servicio consiste en verificar que las publicidades colocadas en los comercios y que se visualizan desde la vía pública no afecten derechos colectivos e individuales. Más específicamente, procura, por un lado, evitar los atentados contra derechos individuales que puedan producirse como consecuencia de su exhibición y, por el otro, la protección del paisaje urbano, que se encuentra alcanzada por el derecho colectivo a un ambiente sano establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional y el artículo 47 de la Constitución de la Provincia de San Luis.

Ésta es una facultad que conforma el poder de policía local y que se encuentra establecida en el artículo 258, incisos 1, 3 y 17, de la constitución provincial, que establece que “[s]on atribuciones

y deberes de los concejos deliberantes, dictar ordenanzas y reglamentos sobre: 1) Salubridad y moralidad públicas [...]; 3) Urbanismo, seguridad, recreos y espectáculos públicos; 17) Conservación del patrimonio arquitectónico local, medio ambiente y recursos naturales”.

Por lo tanto, el tributo municipal en cuestión cumple con el requisito fundamental de las tasas según el cual “al cobro de dicho tributo debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio referido a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente” (234:663; 236:22; 251:222; 259:413; 312:1575; 325:1370; 329:792; 331:1942; 332:1503). Por ello, debe desestimarse el primer agravio de la actora, en tanto las tasas no se encuentran alcanzadas por la prohibición de establecer gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos (art. 9, inc. b, ley 23.548).

-V-

Luego, cabe examinar si el pago de la tasa puede ser exigido válidamente por el municipio demandado. Cabe aclarar que, en tanto la facultad de crear tributos de los municipios deriva de la facultad correspondiente de la provincia a la que pertenecen, ésta se encuentra sujeta a los límites establecidos en la Constitución Nacional (Fallos 320:169).

En primer término, abordaré el agravio vinculado con el ejercicio extraterritorial de las potestades tributarias locales establecidas en los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional. La sociedad actora -que, como destaca, tiene su domicilio real y legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- alega que no desarrolla actividad comercial en el municipio de Justo Daract, por lo que éste carece de potestad tributaria a su respecto.

Entiendo que el agravio relacionado con la falta de contacto territorial debe ser desestimado. La actividad publicitaria de los productos fabricados y comercializados por la actora -actividad que ella no sólo promueve o autoriza, sino que también le genera un beneficio económico- se lleva a cabo en territorio que se encuentra bajo la jurisdicción del municipio de Justo Daract. Por consiguiente, éste se encuentra facultado para exigir un tributo en cuestión en contraprestación por los servicios de inspección que presta para procurar que la actividad publicitaria no cause daños a terceros.

-VI-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 16 de julio de 2014. *Irma Adriana García Netto*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “L´Oreal Argentina S.A. c/ Municipalidad de Justo Daract – acción contencioso administrativa”.

Considerando:

1º) Que L´Oreal Argentina S.A. promovió acción contencioso administrativa ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis con el objeto de que se deje sin efecto el decreto 1313-MJD-2007 dictado por el Intendente de la Municipalidad de Justo Daract, por medio del cual se determinó su obligación en concepto del “derecho de publicidad y propaganda y uso y ocupación de espacio público”, por publicidad efectuada en el interior de los locales ubicados en el ejido de aquélla, por los períodos 2001 a 2006 inclusive, y se intimó el pago de las sumas resultantes.

2º) Que el superior tribunal provincial hizo lugar parcialmente a la demanda, respecto de los períodos 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005, por entender que la Municipalidad no había acreditado la existencia de publicidad en esos años. En lo relativo al primero de ellos señaló, además, que en ese momento aún no había entrado en vigencia la norma que estableció el tributo. En cambio, desestimó la impugnación de la actora en lo relativo a los derechos correspondientes al año 2006 pues de las actas labradas por la Municipalidad de Justo Daract en fecha 1º de marzo de 2006, y suscriptas por los comerciantes, surgía la existencia en el interior de los locales de cartelería de marcas o textos publicitarios, con lo cual, a juicio del a quo, quedó comprobado, con relación a ese período anual, la realización del hecho imponible del art. 143 del Código Tributario Municipal.

3º) Que para pronunciarse por la validez del cobro del referido gravamen, en lo concerniente al año 2006, el a quo señaló que los municipios tienen el poder de crear impuestos y de elegir la materia imponible sin más límites que los establecidos en la Constitución Nacional y que incumbe a ellos, además, la elección de los objetos imponderables y las formalidades de percepción, pues es propio de su autonomía imponer contribuciones y percibir las, siempre que no exista extralimitación territorial y de su competencia material.

Señaló asimismo que la contribución impugnada tiene cabida en el art. 48, inc. 9, de la ley provincial que establece el marco normativo del “Régimen Municipal” -Nº XII-0349-2004 (5756)-, y declara “rentas municipales ordinarias” a “Los derechos de publicidad y propaganda de todas clases y por cualquier medio, fijación de avisos, letreros, tableros, postes, anunciadores, banderas, toldos en la vía pública, exterior o interior, estaciones, teatros, cinematógrafos, cafés, bares, confiterías y demás establecimientos de acceso público” (fs. 341). Destacó que, bajo esa reglamentación, y de acuerdo a las atribuciones conferidas por la Constitución Provincial (art. 258, inc. 8), la Municipalidad de Justo Daract había sancionado el Código Tributario Municipal, cuyo art. 143 (art. 153 O.1985-R1-2006) dispuso el pago de un importe en concepto de: “...*La publicidad y propaganda que se hace en el interior de los locales destinados al público (cines, teatros, comercios, campos de deportes y demás sitios destinados a público)*” (fs. 341).

4º) Que, por otra parte, el a quo afirmó que la ordenanza tributaria, determinaba los sujetos obligados al pago y, en su concepto, era indudable que la actora quedaba comprendida “como obligada tributaria, respondiendo por la publicidad de sus productos, por cuanto se beneficiaba en forma directa con ella” (fs. 341 vta.).

Aseveró asimismo que “el impuesto de publicidad y propaganda es eminentemente local, indirecto, porque no toma para su determinación exterioridades directas de capacidad contributiva, sino una manifestación indirecta, tal como es la actividad publicitaria comercial que realizan los eventuales sujetos pasivos en un determinado municipio” (fs. 341 vta.).

5º) Que contra tal sentencia, la actora interpuso recurso extraordinario (fs. 358/377 vta.), que, tras ser contestado por el municipio (fs. 382/395 vta.), fue concedido mediante el auto de fs. 401/402.

Aduce la recurrente, entre otros agravios, que el tribunal a quo omitió considerar los argumentos de su parte relativos a que el “derecho de publicidad y propaganda y uso y ocupación de espacio público”, previsto en el art. 153 del Código Tributario Municipal, se encuentra en pugna con la ley 23.548 de coparticipación federal de impuestos, en tanto ésta impide que las provincias y los municipios apliquen gravámenes locales análogos a los nacionales coparticipados (art. 9 inc. b, primer párrafo), y que ello ha sido así declarado por la Comisión Federal de Impuestos.

6°) Que, según reiterados precedentes de esta Corte, son descalificables por arbitrariedad las sentencias que omiten el examen y resolución sobre alguna cuestión oportunamente propuesta, siempre que así se afecte de manera sustancial el derecho del impugnante y lo silenciado sea conducente para la adecuada solución de la causa (Fallos: 274:249; 279:23; 299:101; 302:348, 1392; 305:419; 308:1662; 312:1150; 314:1366; 318:634, entre muchos otros).

7°) Que, a la luz de esa doctrina, esta Corte encuentra fundado el agravio que se formula, toda vez que el a quo omitió la consideración del planteo de la recurrente precedentemente reseñado que era susceptible de incidir en la solución final a adoptarse, y que fue expuesto claramente por la actora al promover la demanda.

En efecto, en esa oportunidad la accionante adujo, entre otros argumentos, que si se consideraba que el importe que pretendía cobrar el municipio era “un impuesto y su validez se sustenta, erróneamente, en que el hecho de consignar nombres comerciales o marcas de productos comercializados en el local...es una manifestación de capacidad contributiva, ello estará en contradicción con el art. 9 de la Ley de Coparticipación Federal, ya que como ‘impuestos’ tienen que estar gravando ‘capacidad contributiva’ que se encuentra alcanzada como materia imponible de impuestos nacionales coparticipados” (fs. 97 vta.). Posteriormente, amplió la demanda (fs. 205), acompañando como prueba documental copia de un dictamen de la Asesoría Jurídica de la Comisión Federal de Impuestos, en el que se sostiene que la publicidad y propaganda por anuncios o anaqueles colocados en el interior de los locales comerciales es un impuesto y, como tal, análogo al impuesto a las ganancias, motivo por el que se encontraría en pugna con el régimen de coparticipación federal de impuestos (conf. fs. 204).

8º) Que, en consecuencia, para desestimar válidamente las impugnaciones de la actora a la pretensión del municipio y resolver adecuadamente el pleito, el a quo no pudo omitir el examen y decisión del planteo referente a que el gravamen cuestionado se encontraba en pugna con la ley de coparticipación federal, máxime teniendo en consideración que el a quo asignó al derecho de publicidad y propaganda en el interior de los locales el carácter de “impuesto”, con lo cual resultaba claramente ineludible la necesidad de un pronunciamiento sobre dicha cuestión.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en la presente. Notifíquese y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso extraordinario interpuesto por **L`Oreal Argentina S.A.**, representada por el Dr. **Carlos Alberto Acevedo**, con el patrocinio letrado de los Dres. **Rodrigo Lema** y **Eduardo Mujica**.

Traslado contestado por la **Municipalidad de Justo Daract**, representada por el Dr. **Alberto Orlando Mariani**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis**.

RIO NEGRO, PROVINCIA DE C/ AYCSA TENSIS S.A. Y OTRA S/
COBRO DE PESOS

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Corresponde declarar que la causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema si el juez competente para solucionar el pleito no deberá examinar solo las normas atinentes a los códigos de fondo, sino que se verá obligado a encuadrar la pretensión, también, en el marco del derecho público local, recurriendo a leyes, decretos y demás normas que regulan a las contrataciones que se efectuaron con el objeto de remodelar el aeropuerto de General Roca, extremos que privan de naturaleza civil a la materia del pleito.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Provincia de Río Negro promueve demanda contra AYCSA TENSIS S.A. y Aeropuertos de Río Negro S.A., ambas -según indicación domicilio en la Capital Federal, a fin de obtener el pago de la deuda que surge de la cesión de créditos instrumentada por escritura pública n° 132, del 10 de agosto de 2001, mediante la cual AERONOR S.A. le transfirió los derechos y acciones que le competían contra las demandadas. Además, solicita el pago de los daños y perjuicios ocasionados.

Señala que dicho crédito tuvo su origen en varios convenios celebrados por AERONOR S.A. con las demandadas, con el objeto de que éstas llevaran a cabo estudios relativos a las posibilidades técnicas de ampliar y actualizar el aeropuerto de la ciudad de General Roca.

A fs. 8 vta., V.E. corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

-II-

La competencia originaria de la Corte -conferida por el art. 117 de la Constitución Nacional y reglamentada por el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58- procede, en los juicios en que una provincia es parte si, a la distinta vecindad de la contraria, se une el carácter civil de la materia en debate (Fallos: 310:1074; 313:548; 323:1202, 843 y 690, entre muchos otros).

En el *sub lite*, de los términos de la demanda -a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, según el art. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- surge que la pretensión de la Provincia actora tiene su causa en un contrato de cesión de créditos, regido por normas de derecho común (arts. 1434 a 1484, Título IV, del Código Civil), por lo que cabe asignar carácter civil a la materia del pleito.

En tales condiciones, de probar el Estado local la distinta vecindad que invoca respecto de las demandadas, opino que el proceso debe tramitar ante la instancia originaria del Tribunal. Buenos Aires, 1° de junio de 2004. *Ricardo O. Bausset*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de diciembre de 2014.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 4/8 la Provincia de Río Negro promovió demanda contra AYCSA TENSIS S.A. y Aeropuertos de Río Negro S.A. a fin de obtener el pago de la suma de un millón setecientos setenta y dos mil doscientos noventa y tres dólares estadounidenses con treinta centavos (U\$S 1.772.293,30); monto que se desprende de la cesión instrumentada en la escritura pública número 132 del 10 de agosto de 2001, pasada ante la Escribanía General de Gobierno provincial, por medio de la cual Aeropuertos Norpatagónicos S.A. (Aeronor S.A.) le transfirió los derechos y acciones emergentes de ese crédito.

Explica que la deuda que se reclama tiene su origen en convenios celebrados por la cedente con las demandadas, cuyos objetos fueron llevar adelante diversos estudios relativos a las posibilidades técnicas de ampliar y remodelar el aeropuerto de la ciudad de General Roca.

Señala que la cesión fue notificada a las deudoras cedidas, y que pese a las reiteradas intimaciones que les fueron cursadas, no cancelaron la deuda.

2º) Que a fs. 10 el señor Procurador Fiscal dictaminó que la pretensión de la actora tiene su causa en un contrato de cesión de créditos regido por normas de derecho común, por lo que cabría asignar carácter civil a la materia del pleito, y que, en tales condiciones, acreditada la distinta vecindad de las demandadas, el proceso correspondería a la competencia originaria de este Tribunal.

3º) Que para que proceda la referida competencia establecida en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, en un juicio en el que una provincia es parte, resulta necesario examinar, además, la materia sobre la que versa, es decir, que se trate, en lo atinente al sub lite, de una causa civil, en cuyo caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria (Fallos: 322:1514 y 3572; 323:1854; 324:533 y sus citas).

Asimismo se ha sostenido que quedan excluidos del concepto de causa civil los supuestos que requieren para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen y revisión, en sentido estricto, de actos administrativos o legislativos de carácter local (Fallos: 311:1597; 313:548; 330:4811, entre otros).

4°) Que a fin de determinar si el proceso corresponde a la jurisdicción constitucional referida, no basta con indagar la naturaleza de la pretensión, sino que es necesario, además, examinar su origen, no sobre la base exclusivamente de los términos formales de la demanda, sino con relación a la efectiva substancia del litigio (Fallos: 311:1791 y 2065; 312:606; 329:224), por cuanto más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales, es necesario considerar la realidad jurídica de cada caso particular, ya que lo contrario importaría dejar librado al resorte de aquéllos la determinación de la competencia originaria (Fallos: 330:4372; 333:95, entre otros).

5°) Que en relación a los antecedentes del caso es preciso señalar que mediante el decreto provincial 58/95 (B.O. 3326, del 4 de enero de 1996), se aprobó el estatuto social de la empresa Aeropuertos Norpatagónicos S.A. (Aeronor S.A.), cuyo objeto principal fue la remodelación y ampliación del aeropuerto de la ciudad de General Roca.

De acuerdo con lo que surge del contrato social obrante en copias a fs. 165/171 (escritura pública número cuarenta y uno del 2 de febrero de 1996, pasada ante el titular del registro notarial n° 13), aquella sociedad fue constituida en el marco de la ley 19.550, y su capital social fue suscripto en un 99% por la Provincia de Río Negro y el 1% restante por la Municipalidad de General Roca.

En el mismo instrumento constitutivo los integrantes de la sociedad establecieron que, en el marco de su objeto social, continuarían con las gestiones iniciadas por la Provincia de Río Negro, originadas a partir de la carta de intención suscripta entre el gobernador y la empresa AYCSA TENSIS S.A. el 22 de diciembre de 1994 (fs. 165 vta./166).

6°) Que de los antecedentes administrativos incorporados al proceso también se desprende que el 20 de julio de 1994, es decir, con anterioridad a la creación de Aeronor S.A., la empresa AYCSA TENSIS S.A. efectuó una propuesta a la Provincia de Río Negro para remodelar con financiamiento externo el aeropuerto indicado. En la misma oportuni-

dad la sociedad referida ofreció ejecutar una primera etapa consistente en un estudio de prefactibilidad, con la colaboración de la Dirección de Aeronáutica provincial, el que daría sustento al financiamiento de un banco de los Estados Unidos a una tasa conveniente, a cuyo fin, se requería el otorgamiento de las garantías necesarias por parte del Estado provincial (fs. 294/300).

Mediante la nota 122/94 del 14 de octubre de 1994, el Ministro Delegado del gobierno rionegrino informó que no mediaban objeciones al ofrecimiento efectuado para la realización del estudio de prefactibilidad, y que la propuesta había sido remitida a la Fiscalía de Estado para su consideración (fs. 303).

A su vez, a fs. 316/317 obran copias de la ya referida carta de intención suscripta el 22 de diciembre de 1994, en la que se le encomendó a AYCSA TENSIS S.A. la gestión de los estudios de inventario y de prefactibilidad (cláusula tercera), se acordó que en forma previa a la efectiva concreción de cada tramo se realizarían los actos administrativos, jurídicos y contractuales correspondientes, de acuerdo a las leyes que los rigen, y que el contrato principal sería suscripto en un plazo no mayor a los ciento ochenta días (cláusula cuarta), período durante el cual las partes convinieron respetar las condiciones de prioridad y exclusividad que se reconocieron mutuamente (cláusula quinta). A su vez, la empresa se comprometió a verificar y chequear todas y cada una de las posibilidades que el mercado ofrecía para llevar adelante el proyecto y ponerlas a disposición de la provincia a fin de concretar la obra (cláusula séptima), y se designó como Unidad Ejecutora al Ministerio de Economía local (cláusula octava).

7°) Que por su parte el Estado provincial otorgó en garantía a Aeronor S.A. el uno con cincuenta por ciento (1,50%) mensual de los fondos provenientes de la Coparticipación Federal de Impuestos, hasta completar un monto máximo de cinco millones de pesos (\$ 5.000.000), a partir del mes de junio de 1996, y autorizó a realizar un aporte de capital por la misma suma a favor de dicha sociedad (decreto 218/96, B.O. 3342, del 29 de febrero de 1996).

A través del decreto 705/96 (B.O. 3370, del 6 de junio de 1996), modificado por el decreto 959/96 (B.O. 3388, del 8 de agosto de 1996), se declaró a Aeronor S.A. de interés provincial en los términos del art. 63 de la ley 847, y se afectaron las regalías hidrocarburíferas especificadas

en el anexo I de esa norma por un monto igual al indicado, con más las sumas necesarias que en concepto de intereses y gastos correspondan, las que serían destinadas a garantizar las operaciones de crédito que realizara la sociedad.

8°) Que en ese contexto, Aeronor S.A. suscribió con la firma AYC-SA TENSIS S.A. el convenio del 6 de marzo de 1996 (fs. 93/97), modificado el 15 de julio de 1996 (fs. 98), y con Aeropuertos de Río Negro S.A. el de fecha 6 de mayo de 1997 (fs. 99/100), modificado el 10 de mayo de 1997 (fs. 101). Según sostiene la actora de esos convenios surgirían los créditos que le fueron cedidos, y cuyo cobro se persigue mediante este proceso.

La creación de Aeropuertos de Río Negro S.A. le fue exigida a AYCSA TENSIS S.A. por la empresa provincial, para que sea destinada exclusivamente a la explotación de la concesión del aeropuerto de General Roca, la que debía estar integrada por los mismos socios y contar con la posibilidad de incorporar capitales mediante acuerdos con operadores o financistas pero sin modificar su objeto social (fs. 226/227 y 238/246).

9°) Que las contrataciones efectuadas por la empresa provincial dieron lugar a una denuncia penal realizada por el Fiscal de Investigaciones Administrativas -radicada ante el Juzgado de Instrucción n° 12 de General Roca, ver fs. 382-, en la que dicho funcionario sostuvo que surgía “prima facie que Aeronor S.A. efectuó contratos con un alto y desmedido costo financiero para las arcas públicas, abonados algunos y otros en conflicto judicial, sin haberse concretado ninguno de los objetivos que en definitiva motivaran la creación de la empresa, destacando que la complejidad del proyecto de origen revestía suficiente entidad para que el mismo fuera efectuado a través de mecanismos de indubitable eficacia. Nada de ello ha sucedido, encontrándose actualmente la sociedad provincial en estado de liquidación, habiendo cedido al Estado Provincial (decreto 870 del 17/07/01) los derechos y acciones que pudiese tener contra empresas quiméricas —AEROPUERTOS RÍO NEGRO S.A. y AYCSA TENSIS—, de dudoso resultado positivo de ejecución” (fs. 387/391, particularmente fs. 390).

10) Que de la reseña efectuada se desprende de manera nítida que el caso no puede subsumirse en el concepto de causa civil, pues la so-

lución de este pleito requiere el examen y revisión de los actos administrativos realizados por la Provincia de Río Negro que dieron origen al crédito reclamado.

En efecto, la pretensión deducida se refiere a las secuelas de un vínculo de naturaleza administrativa, en el cual la provincia habría actuado en su carácter de poder administrador, y en uso de facultades propias, extremo que determina que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de la cuestión planteada.

Es que, no corresponde excluir el reclamo que se efectúa del ámbito normativo natural que regula las convenciones del referido poder, en la medida en que el juez competente para solucionar el pleito no deberá examinar solo las normas atinentes a los códigos de fondo, sino que se verá obligado a encuadrar la pretensión, también, en el marco del derecho público local, recurriendo a leyes, decretos y demás normas que regulan a las contrataciones que se efectuaron con el objeto de remodelar el aeropuerto de General Roca, extremos que privan de naturaleza civil a la materia del pleito (Fallos: 320:217; 323:3924; 330:178).

11) Que ello es así ya que, como lo ha sostenido el Tribunal en reiteradas oportunidades, cuando el Estado en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter llega a un acuerdo de voluntades, sus consecuencias quedan regidas por el derecho público (Fallos: 330:178 ya citado), extremo que debe determinar que deban ser los jueces locales quienes conozcan en la cuestión propuesta.

12) Que la finalidad pública perseguida por la provincia mediante la remodelación del referido aeropuerto, se desprende del decreto 58/1995, en cuyos considerandos se afirmó que se pretendía convertirlo “en una aeroestación internacional, de carga y descarga y modernizar y ampliar la terminal de pasajeros”, con el objeto de “generar nuevas fuentes de trabajo y desarrollar las economías regionales”, en tanto la obra permitiría a la región del Alto Valle contar con “un nuevo puerto de salida para sus productos”.

13) Que no empece a lo expuesto la circunstancia de que el Estado provincial haya constituido la sociedad Aeronor S.A. con el objeto de

continuar con las gestiones iniciadas por la propia provincia para alcanzar aquellos propósitos.

En tal sentido es dable poner de resalto los términos de la propia denuncia penal referida, en la que se afirmó que “Concretamente, se verifica la inobservancia de las Leyes N° 847, 2884, 88, más allá del tipo societario adoptado en ocasión de la constitución de la empresa, pues si bien es cierto que AERONOR se creó como una sociedad anónima en los términos de la Ley N° 19.550, el socio mayoritario era el Estado provincial, cuyo aporte de capital lo constituyen los fondos públicos que de ninguna manera resultan ajenos al control ejercido por los Organismos de control provinciales. Prueba de ello es la competencia atribuida al Tribunal de Cuentas de la Provincia sobre este tipo de empresas, conforme lo señala el art. 17 de la Ley N° 2747 y la Resolución N° 51/99 de ese órgano de control...” (fs. 390 vta.).

14) Que en su mérito, el Tribunal debe inhibirse de continuar conociendo en el asunto, pues en estas condiciones no se configura ninguno de los supuestos previstos en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, ni en el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58.

No obsta a esa decisión la circunstancia de que para resolver el caso se invoquen o deban aplicarse finalmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos, aunque puedan estar contenidos en aquel cuerpo legal, no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica. Es por ello que, aun cuando resulten aplicables preceptos de los códigos de fondo, de manera directa o subsidiaria, la causa no debe continuar su trámite en la jurisdicción constitucional en examen (conf. Fallos: 332:1528).

15) Que el estado procesal de las actuaciones tampoco constituye un obstáculo al pronunciamiento indicado, pues la competencia originaria de esta Corte —de incuestionable raigambre constitucional— reviste el carácter de exclusiva e insusceptible de extenderse, por persona ni poder alguno, como lo ha establecido una constante jurisprudencia del Tribunal (Fallos: 271:145; 280:176; 302:63), razón por la cual la inhibición que se postula debe declararse de oficio en cualquier estado de la causa y pese a la tramitación dada al asunto (Fallos: 109:65; 249:165; 250:217; 258:342; 259:157, entre muchos otros).

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal a fs. 10, se resuelve: Declarar que la presente causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

Parte actora: **Provincia de Río Negro**, representada por su apoderado, **doctor Carlos Alberto Pega**, con el patrocinio letrado de la **doctora Natalia Falugi**.

Parte demandada: **AYCSA TENSIS S.A. y Aeropuertos de Río Negro S.A., no presentadas en autos.**

THE BANK OF TOKIO - MITSUBISHI UFJ LTD. c/
EN - AFIP - DGI - RESOL. 269/07 Y OTRO S/ DIRECCIÓN
GENERAL IMPOSITIVA

IMPUESTO A LOS BIENES PERSONALES

Corresponde confirmar la sentencia que admitió la demanda de repetición entablada por la sucursal local de un banco extranjero por las sumas ingresadas en concepto de impuesto sobre los bienes personales por los períodos fiscales 2003 y 2004 ya que la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero no se encuentra comprendida en el artículo incorporado por la ley de bienes personales 25.585 y, por lo tanto, no pesa sobre ella la obligación de actuar como responsable sustituto.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia, que había admitido la demanda de repetición entablada por The Bank

of Tokio - Mitsubishi UFJ Ltd. -Sucursal Buenos Aires por las sumas ingresadas en concepto de impuesto sobre los bienes personales por los períodos fiscales 2003 y 2004, y había ordenado a la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante, "AFIP") la devolución de la suma de \$ 1.264.201,19 con más sus accesorios (fs. 258/262, de las actuaciones principales, a las que me referiré en lo sucesivo).

El tribunal consideró que la sucursal argentina accionante no se encuentra alcanzada por el artículo incorporado a continuación del artículo 25 de la ley del impuesto sobre los bienes personales (ley 23.966, modificada por la ley 25.585).

Destacó que la sucursal es una descentralización de la casa central, que carece de personalidad jurídica propia. A raíz de ello, entendió que la casa matriz no tiene acciones ni participaciones accionarias en la sucursal argentina que se encuentren sujetas al gravamen en cuestión, y al régimen del responsable sustituto incorporado por la citada ley 25.585. Enfatizó que se trata de la misma persona jurídica extranjera, que desarrolla su actividad habitual en nuestro país a través de una sucursal.

-II-

Contra esa decisión, la AFIP interpuso recurso extraordinario (fs. 265/279), que, denegado (fs. 305), ameritó la deducción del presente recurso de queja.

En lo sustancial, el recurrente sostiene que la sucursal argentina demandante se encuentra comprendida por el artículo agregado por la ley 25.585 a continuación del artículo 25 de la ley 23.966. Alega que esa norma establece una presunción, según la cual las sociedades extranjeras -incluso las que actúan en nuestro país a través de una sucursal- pertenecen a personas físicas domiciliadas en el exterior, que son sujetos del impuesto a los bienes personales por los bienes situados en nuestro país. Advierte que las sucursales radicadas en nuestro país para realizar ejercicio habitual de su actividad comercial son establecimientos estables, conforme a la ley 25.063, título V, capítulo 1, artículo 2, inciso *h*.

Afirma que, tal como surge del artículo 118 de la ley 19.550, las sucursales se encuentran regidas por esa norma en lo relativo a su actuación en nuestro país. Por ello, entiende que se encuentran comprendidas en los términos del artículo incorporado por la ley 25.585 y deben actuar como responsables sustitutos del gravamen adeudado, en definitiva, por los accionistas. Sostiene que el decreto 988/03, que

se refiere expresamente al deber de las sucursales de actuar como responsables sustitutos, precisa lo dispuesto por la ley.

-III-

En mi opinión, el recurso extraordinario interpuesto fue mal denegado, en tanto cuestiona la inteligencia otorgada por el superior tribunal de la causa a normas federales -leyes 23.966 y 25.585, y decretos 127/96 y 988/03- (artículo 14, inciso 3, ley 48). Además, la sentencia definitiva es contraria al derecho que el recurrente fundó en el derecho federal.

-IV-

En el presente caso, se encuentra controvertido si los accionistas de The Bank of Tokio -Mitsubishi UFJ Ltd.- son sujetos pasivos del impuesto a los bienes personales por su participación en el capital de la sucursal constituida en nuestro país, y si esa sucursal debe actuar como responsable sustituto de ese gravamen en los términos de la ley 23.966, modificada por la ley 25.585, y de su decreto reglamentario.

El impuesto a los bienes personales grava a las personas físicas domiciliadas en el país por los bienes situados en éste y en el exterior, y a las personas físicas domiciliadas en el exterior por los bienes situados en el país (artículo 17, ley 23.966). En cuanto aquí resulta pertinente, la ley considera entre los bienes situados en el país a “los títulos, las acciones, cuotas o participaciones sociales y otros títulos valores representativos de capital social o equivalente, emitidos por entes públicos o privados, cuanto éstos tuvieran domicilio en él” (artículo 19, inciso *j*). A su vez, comprende a “los patrimonios de empresas o explotaciones unipersonales ubicadas en él” (artículo 19, inciso *k*).

Con anterioridad a la ley 25.585, el régimen del responsable sustituto previsto para el pago del tributo que recae sobre los sujetos domiciliados en el exterior con relación a sus acciones y participaciones en el capital de cualquier tipo de sociedad, empresa o explotación unipersonal local se encontraba limitado a lo establecido en el artículo 26 de la ley 23.966. Esa norma preveía ese modo de pago sólo respecto de los sujetos del exterior radicados en países que no aplicaran regímenes de nominatividad de los títulos valores. El decreto 812/96 precisaba que sólo estaban comprendidos los sujetos radicados en el exterior que por su naturaleza jurídica o sus estatutos tuvieran por actividad principal realizar inversiones fuera de la jurisdicción del país de constitución.

La ley 25.585 modificó el artículo 25 de la ley 23.966, e introdujo un artículo a continuación. A fin de mejorar la recaudación del tributo, prevenir su evasión, y equiparar la situación fiscal de los inversores locales y extranjeros, esa norma incorporó un nuevo sistema de responsable sustituto en el pago (cf. Cámara de Diputados de la Nación, sesiones ordinarias, orden del día nro. 37, Comisión de Presupuesto y Hacienda, 26 de marzo de 2002; Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 7º reunión, sesión especial, 24 de abril de 2002).

En particular, el dictamen de la Comisión de Presupuesto y Hacienda de la Cámara de Diputados, cuyos fundamentos también son acompañados por la Cámara de Senadores, señala que “[e]l conjunto de la normativa actualmente vigente, respecto del impuesto a los bienes personales correspondientes a las acciones emitidas por entes privados en el país, consagra un trato desigual de la ley entre titulares de acciones residentes en el país y aquellos domiciliados en el exterior, beneficiando a estos últimos ...” (cf. Cámara de Diputados de la Nación, *op. cit.*, p. 3). Concluye que la reforma impositiva “... trata de incluir a la totalidad de los bienes personales -sean muebles o inmuebles- que se encuentren radicados en el país o que sean propiedad de entes privados domiciliados en el país, [con la] finalidad de eliminar la discriminación respecto de accionistas radicados en el país ...” (*op. cit.*, p. 4).

En concreto, la nueva norma dispone que “el gravamen correspondiente a las acciones o participaciones en el capital de las sociedades regidas por la Ley 19.550, cuyos titulares sean personas físicas y/o sucesiones indivisas domiciliadas en el país o en el exterior, y/o sociedades y/o cualquier otro tipo de persona de existencia ideal, domiciliada en el exterior, será liquidado o ingresado por las sociedades regidas por esa ley [...]”. Este régimen reconoce la dificultad que tiene el Estado para generar un vínculo directo con los titulares del exterior, por lo que hace recaer la obligación de liquidación e ingreso del tributo sobre la sociedad. Luego ese ente tiene un derecho de repetir el monto pagado contra sus accionistas, que son, en definitiva, los sujetos gravados.

A su vez, la norma incorporada establece que “[...] se presume de derecho -sin admitir prueba en contrario- que las acciones y/o participaciones en el capital de las sociedades regidas por la Ley 19.550, cuyos titulares sean sociedades, cualquier otro tipo de persona de existencia ideal, empresas, establecimientos estables, patrimonios de afectación o explotaciones, domiciliados, radicados o ubicados en el exterior, pertenecen de manera indirecta a personas físicas domiciliadas en el exterior o a sucesiones indivisas allí radicadas”.

El decreto 988/03, que modificó el decreto 127/96 reglamentario de la ley de impuesto sobre los bienes personales-, dispone que “[l]a determinación del gravamen a que se refiere el artículo incorporado a continuación del artículo 25 de la ley, será liquidado e ingresado con carácter de pago único y definitivo por las sociedades comprendidas en la Ley N° 19.550, texto ordenado en 1984 y sus modificaciones, incluidos los establecimientos estables pertenecientes a las sociedades extranjeras mencionadas en el artículo 118 de esta última ley, las sociedades de hecho y las sociedades irregulares”.

-V-

Las sucursales constituidas en nuestro país, como la aquí actora, se encuentran expresamente alcanzadas en el régimen del responsable sustituto en los términos del decreto 988/03, que establece que, a los efectos del impuesto en cuestión, los establecimientos estables pertenecientes a sociedades extranjeras son considerados sociedades regidas o comprendidas por la ley 19.550.

De este modo, la cuestión controvertida se ciñe a determinar si la previsión del decreto 988/03 constituye una reglamentación válida del artículo incorporado a continuación del 25 de la ley 23.966.

En primer término, cabe tener en cuenta que las sucursales son consideradas, en el ámbito del derecho tributario nacional e internacional, como establecimientos estables o permanentes, que generan un vínculo económico con el Estado en donde están radicadas para ejercer su actividad habitual, lo que habilita el ejercicio de la potestad tributaria por parte de ese Estado (artículo 2, inciso *h*, ley 25.063; artículo 69, inciso *b*, ley 20.628; artículos 5 y 7 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, cuyos lineamientos son adoptados por los tratados celebrados por nuestro país para evitar la doble imposición con Bélgica (ley 24.850), Italia (ley 22.747), Alemania (ley 22.025), Francia (ley 22.357), Rusia (ley 26.185), Canadá (ley 24.398), Gran Bretaña (ley 24.727) y Dinamarca (ley 24.838)). De este modo, una sucursal radicada en nuestro país constituye una manifestación de riqueza vinculada con el Estado Argentino.

En este marco, corresponde desentrañar la disposición de la ley del impuesto sobre los bienes personales que se refiere a “sociedades regidas por la ley 19.550”. Si bien el artículo 118 de esa ley prevé que la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución, para rea-

lizar ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe cumplir ciertos recaudos previstos por la 19.550. En particular, debe (i) acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país; (ii) cumplir la publicación e inscripción exigidas por esa ley para las sociedades locales, y fijar un domicilio en el país; y (iii) justificar la decisión de crear dicha representación y designar una persona a cargo. Además, en el caso de la sucursal, debe determinar el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales (por ejemplo, para la actividad bancaria). Cabe destacar que la sucursal de The Bank of Tokio -Mitsubishi UFJ Ltd. se encuentra inscrita ante la Inspección General de Justicia, como así también está autorizada para funcionar en nuestro país por el Banco Central de la República Argentina (Información pública disponible en www.bcra.gov.ar).

Además, los artículos 120 y 121 de la ley 19.550 establecen determinados recaudos en materia de contabilidad y de responsabilidad de los representantes. De este modo, el artículo 120 dispone que las sucursales deben llevar en el país contabilidad separada de la casa matriz y someterse al contralor que corresponda al tipo de sociedad. La contabilidad separada es especialmente importante a los efectos de determinar la carga tributaria de ese ente. Por su lado, el artículo 121 prevé que el representante de sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que prevé la ley 19.550 para los administradores.

En tal sentido, si bien la ley 19.550 reconoce la extraterritorialidad de las sociedades extranjeras y ello explica el primer párrafo del artículo 118 de la ley, su actuación en nuestro país se encuentra regida por la ley 19.550.

Ello es dirimente a los efectos impositivos y, en particular, de la ley 23.966, que grava a las personas físicas domiciliadas en el exterior por los bienes situados en nuestro país.

De acuerdo al artículo incorporado por la ley 25.585 los accionistas de The Bank of Tokio -Mitsubishi UFJ Ltd. son gravados por su participación en el capital accionario de la sucursal constituida en nuestro país. Ello es coherente con el sentido del impuesto a los bienes personales en tanto esa tenencia accionaria constituye una manifestación de riqueza vinculada al Estado Argentino.

A los fines del tributo en cuestión, no es relevante que la sucursal local no tenga una personalidad jurídica diferenciada de la casa matriz,

en tanto no deja de ser una persona jurídica cuyo capital pertenece, de acuerdo a la presunción de derecho prevista por el artículo incorporado por la ley 25.585, a personas físicas radicadas en el exterior. La porción de su capital accionario que está vinculado con nuestro país está constituido por el patrimonio neto de la sucursal (artículo incorporado sin número a continuación del artículo 20 del decreto 127/96, por el decreto 988/03).

A los efectos de dar plena vigencia a la 25.585, las sucursales constituidas en el país deben considerarse comprendidas en el régimen del responsable sustituto creado por el artículo incorporado a continuación del artículo 25. De otro modo, los accionistas de una sociedad extranjera que efectúe actividad habitual en nuestro país a través de una sucursal se verían en una situación de ventaja frente a los accionistas de nuestro país de una sociedad local o explotación empresarial, en tanto éstos deben tributar el impuesto a los bienes personales por las acciones y los patrimonios de empresas que poseen.

En suma, el decreto 988/2003, en cuanto dispone que las sucursales deben actuar como responsables sustitutos de los accionistas de la casa matriz extranjera, es una reglamentación válida, en tanto precisa el contenido del artículo incorporado a continuación del 25 de la ley 23.966 por la ley 25.585.

-VI-

Por lo expuesto, considero que corresponde admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 18 de diciembre de 2013. *Alejandra Magdalena Gils Carbó*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa *The Bank of Tokio – Mitsubishi UFJ Ltd. c/ EN – AFIP – DGI – resol. 269/07 s/ Dirección General Impositiva*”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de la anterior instancia, que había admitido la demanda de repetición entablada por The Bank of Tokio —Mitsubishi UFJ Ltd.— Sucursal Buenos Aires por las sumas ingresadas en concepto de impuesto sobre los bienes personales por los periodos fiscales 2003 y 2004.

2°) Que para así decidir, el a quo consideró que la actora, en su carácter de sucursal argentina de una sociedad constituida en el exterior, no se encuentra alcanzada por el artículo incorporado por la ley 25.585 a continuación del artículo 25 de la ley del impuesto sobre los bienes personales (ley 23.966, título VI). El tribunal de alzada señaló que de la mera lectura de la norma surge que ésta se refiere a las acciones o participaciones en el capital de las sociedades regidas por la ley 19.550, cuyos titulares sean personas físicas o sucesiones indivisas domiciliadas en el exterior, o sociedades o cualquier otro tipo de persona de existencia ideal domiciliada en el exterior. Sentado lo que antecede, destacó que la sucursal es una descentralización de la casa central, que carece de personalidad jurídica propia y que tampoco tiene un patrimonio propio separado de aquélla. En ese orden de razonamiento, aseveró que la casa matriz no tiene acciones ni participaciones accionarias en la sucursal argentina que se encuentren sujetas al gravamen en cuestión, ni al régimen del responsable sustituto incorporado por la citada ley 25.585.

3°) Que contra tal sentencia, el Fisco Nacional interpuso recurso extraordinario (fs. 268/279 de los autos principales) que, al ser denegado (fs. 305), dio origen a la presentación de la queja en examen.

4°) Que, en lo sustancial, el recurrente sostiene que la sucursal argentina demandante se encuentra comprendida en el artículo agregado por la ley 25.585 a continuación del artículo 25 de la ley 23.966 (título VI). Aduce que esa norma establece una presunción según la cual, las sociedades extranjeras —incluso las que actúan en nuestro país a través de una sucursal— pertenecen a personas físicas domiciliadas en el exterior, que son sujetos del impuesto a los bienes personales por los bienes situados en nuestro país. Sostiene que las sucursales radicadas en nuestro país para realizar ejercicio habitual de su actividad comercial son establecimientos estables, según la ley 25.063, título V, capítulo

I, art. 2°, inciso h, y que, como surge del artículo 118 de la ley 19.550, se encuentran regidas por esa norma en lo relativo a su actuación en la República Argentina. Por ello, afirma que se encuentran comprendidas en los términos del artículo incorporado por la ley 25.585 y deben actuar como responsables sustitutos.

5°) Que el recurso extraordinario fue mal denegado por el a quo, en tanto se encuentra en tela de juicio la interpretación otorgada por el superior tribunal de la causa a normas de carácter federal, como lo son las leyes 23.966 y 25.585, y los decretos 127/96 y 988/03 (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

6°) Que la ley 25.585, en lo que interesa, incorporó un artículo a continuación del art. 25 de la ley del impuesto sobre los bienes personales que dispuso lo siguiente: “el gravamen correspondiente a las acciones o participaciones en el capital de las sociedades regidas por la Ley 19.550, cuyos titulares sean personas físicas y/o sucesiones indivisas domiciliadas en el país o en el exterior, y/o sociedades y/o cualquier otro tipo de persona de existencia ideal domiciliada en el exterior, será liquidado o ingresado por las sociedades regidas por la ley 19.550 y la alícuota a aplicar será del 0,50% sobre el valor determinado de acuerdo con lo establecido por el inciso h) del artículo 22, no siendo de aplicación en este caso el mínimo exento dispuesto por el artículo 24. El impuesto así ingresado tendrá el carácter de pago único y definitivo”.

El segundo párrafo del mencionado artículo estableció que a los fines de lo previsto en el párrafo anterior “se presume de derecho —sin admitir prueba en contrario— que las acciones y/o participaciones en el capital de las sociedades regidas por la Ley 19.550, cuyos titulares sean sociedades, cualquier otro tipo de persona de existencia ideal, empresas establecimientos estables, patrimonios de afectación o explotaciones, domiciliados, radicados o ubicados en el exterior, pertenecen de manera indirecta a personas físicas domiciliadas en el exterior o a sucesiones indivisas allí radicadas”.

Finalmente, el tercer párrafo establece el derecho de las sociedades responsables del ingreso del gravamen a reintegrarse su importe “incluso reteniendo y/o ejecutando directamente los bienes que dieron origen al pago”.

7°) Que a fin de determinar si la norma transcripta resulta aplicable a la actora debe dilucidarse si aquélla, en cuanto se refiere a “sociedades regidas por la ley 19.550”, comprende a sucursales locales de sociedades constituidas en el extranjero.

8°) Que al respecto cabe poner de relieve, por una parte, que el art. 118 de la ley citada, dispone que la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución. Y, por la otra, que la sucursal no tiene personalidad jurídica propia, por lo cual, en rigor, se trata de la misma sociedad constituida en el extranjero que ejerce, a través de una forma de descentralización, una determinada actividad en nuestro país. Si bien dicha actividad se rige por la ley argentina, ello no altera la regla establecida por el citado art. 118 en lo concerniente a que la capacidad societaria y acto constitutivo se rigen por la ley del lugar de constitución de aquélla.

A lo expuesto cabe agregar otra circunstancia que obsta a considerar que el artículo incorporado por la ley 25.585 en la ley del tributo obligó a las sucursales de sociedades constituidas en el exterior a actuar como responsables sustitutos. En efecto, tal sustitución se daría por “el gravamen correspondiente a las acciones o participaciones en el capital” de las aludidas sucursales. Pues bien, tal supuesto no se configura en lo relativo a ellas ya que, como se ha visto, no cabe hablar respecto de tales sucursales de acciones o participaciones en su capital pues no se trata sino de la misma sociedad constituida en el exterior y de un patrimonio que no se diferencia del que es propio de ésta.

9°) Que, en consecuencia, cabe concluir, que la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero no se encuentra comprendida en la norma incorporada en la ley del impuesto sobre los bienes personales antes citada y que, por lo tanto, no pesa sobre ella la obligación de actuar como responsable sustituto.

10) Que la conclusión expuesta no se ve desvirtuada por la redacción —de mayor amplitud que la contenida en el texto legal— que se observa en el decreto 988/2003, modificatorio del decreto 127/96, reglamentario de la ley del tributo. En efecto, según reiterada, pacífica y categórica doctrina de esta Corte, “los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas” (Fallos: 321:366 y sus citas). En

el mismo sentido, ha señalado el Tribunal que “ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones” (Fallos: 326:4251, y sus citas). Tales principios resultan claramente aplicables en lo atinente a la designación de sujetos responsables del pago del tributo, materia en la cual rige el principio de reserva de la ley. Por lo tanto, y ante la inteligencia asignada a la norma incorporada por la ley 25.585 en la ley del tributo, mal podría dar sustento a la posición del Fisco lo dispuesto en el citado decreto.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora General, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por el **Fisco Nacional (AFIP-DGI)**, representado por el **Dr. Fernando Sánchez Lorences**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Enrique Carballo y Serio Cerdán**.

Tribunal de origen: **Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 1**.

BERTRAN, RUFINO JOSE y OTROS c/ ANSES s/ REAJUSTES

VARIOS

REAJUSTE JUBILATORIO

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que entendió que las sumas asignadas por los llamados gastos protocolares no integraban la remuneración de los activos por haber sido otorgadas con carácter de reintegro, sujetas a las variaciones que se produjeran mes a mes, según lo establecido por el art. 2° del decreto 838/94 ya que de ese modo dejó sin resolver la contradicción que, según los actores, se presentaba entre

ese término y la eximición expresa de presentar la necesaria rendición de cuentas para justificar las sumas que supuestamente habrían de reembolsarse mediante ese renglón.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social confirmó el rechazo de la demanda dirigida a que se incluya el adicional “reintegro por gastos protocolares” -del decreto n° 838/94-, en el haber básico sobre el que se liquida la prestación previsional de los actores. Para así decidir, adujo que el adicional no comporta un beneficio para la persona (art. 6, ley 24.241) y, por lo tanto, no integra la remuneración pues atañe al cometido funcional (art. 2, dec. 838/94) y varía de acuerdo con los gastos mensuales que se realicen a ese efecto (v. fs. 311/313 y 348).

Contra dicha decisión la actora interpuso el recurso extraordinario que fue denegado (v. fs. 352/355 y 357), dando lugar a la presente queja (fs. 33/40 del cuaderno respectivo).

-II-

La quejosa arguye un supuesto federal estricto y otro de arbitrariedad, además de un caso de gravedad institucional. Dice que se prescinde dogmáticamente de la ley 24.018, en cuanto establece el haber de retiro en un 85% -ochenta y cinco por ciento- de lo que percibe por todo concepto un ministro, secretario o subsecretario en actividad, y de la ley 24.241, en cuanto conceptualiza como “remuneración” a la parte no gastada y acreditada -mediante comprobantes de viáticos y gastos de representación.

Resalta que el artículo 2° del decreto 838/94 se refiere a montos fijos, exceptuados de la carga de la rendición de cuentas, y que ellos se abonan en forma habitual y permanente, sin necesidad de acreditar su utilización, lo que los vincula con el desempeño personal.

Señala que, so pretexto del carácter no remunerativo de estos gastos, se omiten los aportes y contribuciones sobre la nómina salarial. Invoca el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Denuncia que, al pronunciarse, la Alzada omitió considerar los extremos señalados, al tiempo que realizó una transcripción parcial del artículo 6° de la ley n° 24.241, lo que priva de validez al fallo (fs. 352/355).

-III-

Los actores, ex ministros, secretarios, subsecretarios y pensionados de quienes desempeñaron dichos cargos, retirados con arreglo a la ley especial n° 21.121 (v. fs. 311, ítem “c”), peticionaron que se reconozca naturaleza salarial al suplemento “reintegro de gastos protocolares” del decreto 838/94 y que se liquide la prestación, en un ochenta y cinco por ciento de la remuneración total, incluyendo el adicional. A tal efecto, objetaron la validez del citado precepto y del artículo 36 de la ley 11.672 (t.o. dec. 988/95), en cuanto confirieron a la asignación carácter no remunerativo y no bonificable, por oponerse a las leyes n° 18.037 y 18.464 y a los artículos 16, 17 y 31 de la Constitución Nacional, entre otras normas (cfr. fs. 73/80 y 311, ítem “a”).

Vale recordar que, por el artículo 2° del decreto n° 838/94, se facultaba a los ministros nacionales “... para asignar un importe mensual a las autoridades superiores del Poder Ejecutivo nacional de sus respectivas jurisdicciones, con excepción del presidente y vice presidente de la Nación, en concepto de reintegro de gastos para afrontar los gastos protocolares que la función les requiera [...] Los montos que se fijen se liquidarán sin el requisito de la rendición de cuentas y no integrarán la remuneración mensual de los funcionarios a quienes les asignen los mismos.”

A renglón seguido, por el artículo 3° del decreto, se incorporaba este reintegro de gastos en el ítem presupuestario correspondiente a los “servicios no personales” (v. BO: 31/05/94).

Por su parte, la “Ley Complementaria Permanente de Presupuesto” n° 11.672 (t.o. por dec. n° 988/95), especificaba en su artículo 36: “... que los suplementos o adicionales destinados a reconocer el cumplimiento de funciones ejecutivas, otorgados o que se concedan al personal dependiente de la Administración Nacional, tendrán carácter de no remunerativos, no bonificables y no podrán ser considerados para incrementar los haberes de jubilación o retiro de quienes, siendo titulares de cargos de igual o similar denominación gocen o gozaren de una prestación previsional cualquiera sea su naturaleza...” (En igual sentido, v. art. 63, ley n° 11.672, t.o. por dec. n° 1110/05).

La ley n° 18.464, de su lado, establecía que las remuneraciones totales percibidas por los funcionarios comprendidos en su tenor, cual-

quiera fuere su denominación, estarán sujetas al pago de aportes, con excepción de los viáticos y gastos de representación, por los cuales se deba rendir cuentas (v. art. 14, t.o. dec. 2700/83; y; en igual sentido, art. 15, ley n° 24.018, y art. 8, dec. reg. n° 578/92).

La ley n° 18.037, mientras tanto, conceptualizaba como remuneración a los viáticos y gastos de representación, excepto en la parte gastada y acreditada por medio de comprobantes, y facultaba a la autoridad de aplicación a estipular las condiciones en que los conceptos señalados no se considerarán sujetos a aportes y contribuciones, no obstante la inexistencia total o parcial de comprobantes que acrediten el gasto (cfr. art. 10, y, en igual sentido, art. 6, ley n° 24.241).

El decreto n° 782/06, por último, abrogó este suplemento al sustituir el artículo 2° del decreto n° 838/94.

En este punto no es ocioso señalar que la mayoría de los beneficios de los veintidós actores rondaba, al mes de mayo de 2002, los \$ 3.500, según informativa de fs. 204/298, y que ninguna precisión agrega la parte en orden a la forma de pago e importes del reintegro ni a la existencia, en su caso, de reclamos en torno al tema anteriores al tiempo de fijación del haber de retiro (fs. 73/80, 308/309, 338/340 y 352/355), pese a la caracterización de “opinable” y “sujeto a mayor debate y prueba” que se le prodigara en el trámite de amparo originario (cfr. fs. 337 y vta., 338vta. y 352vta. del expediente principal y 34vta. del cuaderno de queja).

-IV-

Reseñado lo anterior, conviene recordar que la *a quo*, basada en la ley n° 24.241 (art. 6), subrayó que la asignación debatida no configura un ingreso “en retribución o compensación o con motivo” de la actividad personal de los funcionarios, sino un reintegro concerniente a la satisfacción de los aspectos protocolares de la función de las autoridades superiores de la Administración Nacional (v. fs. 348).

Tal temperamento, considero que no alcanza a ser conmovido por las razones de la apelante desde que, por un lado, resulta innegable la existencia de exigencias protocolares inherentes a la responsabilidad y cometido en actividad de ministros, secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo Nacional; y, por otro, no resulta menos claro, a partir del reconocimiento de la actora -cfr. fs. 353vta.-, que no se efectivizaron aportes y contribuciones en relación al reintegro, pese a lo establecido en la legislación respectiva (doctrina de Fallos: 319:2476, etc.).

Por lo demás, los defectos argumentales del recurso, en parte ano-

tados en el ítem anterior; último párrafo (v., asimismo, sentencia, fs. 312, punto II.), obstan a su procedencia a la luz del artículo 15 de la ley n° 48, lo que se encarece en un supuesto como el estudiado en el que se contienden, entre otros, aspectos que remiten al examen de extremos fácticos y procesales relativos a los rubros que deben considerarse a los fines previsionales, ajenos a la vía.

En tales condiciones, a la par de no advertir en el *sub lite* la excepcional tacha que se alega (cf. Fallos: 330:133, 717; etc.), se aprecian razonablemente resueltos los extremos federales involucrados en la cuestión, por lo que procede confirmar la sentencia en cuanto fue materia de recurso.

-V-

Por ello, soy, de la opinión que corresponde desestimar la presentación directa. Buenos Aires, 17 de marzo de 2010. *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 30 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Bertrán, Rufino José y otros c/ ANSeS s/ reajustes varios”.

Considerando:

1°) Que los peticionarios -jubilados como ministros, secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo Nacional- promovieron demanda con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del decreto 838/94, en cuanto había calificado como no remunerativa la suma mensual que el artículo 2° de esa norma autorizaba a pagar a los funcionarios en actividad en concepto de “reintegro de gastos para afrontar gastos protocolares”, desde el 1° de junio de 1994.

2°) Que a tal efecto, los actores afirmaron que las únicas mensualidades que no se computaban en el haber jubilatorio correspondían a viáticos y gastos de representación sujetos a rendición de cuentas, en los términos del art. 14 de la ley 18.464 al amparo de la

cual habían obtenido el derecho a la jubilación; señalaron que pese a que el decreto en debate había caracterizado ese renglón como “reintegro”, estaba eximido del requisito de rendición de cuentas, lo que determinaba su incorporación al patrimonio de los funcionarios en actividad y la necesidad de trasladarlo proporcionalmente a los haberes de retiro; citaron jurisprudencia de esta Corte que había reconocido naturaleza salarial a una asignación similar establecida para los magistrados del Poder Judicial, y detallaron las disposiciones de las leyes 18.037 y 18.464 que delimitaban los alcances del concepto “remuneración” a los fines previsionales.

3°) Que el juez de primera instancia rechazó la petición y los planteos de inconstitucionalidad por considerar que una parte de los actores había obtenido una sentencia denegatoria sobre idéntica cuestión, pasada en autoridad de cosa juzgada, y que los restantes demandantes no habían logrado demostrar el perjuicio que la norma impugnada les causaba.

4°) Que, apelado el fallo por los jubilados, la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social tuvo en cuenta que la pretensión había sido desestimada en diferentes acciones de amparo promovidas por los actores, por requerir su decisión mayor amplitud de debate y prueba, y que se había replanteado la cuestión por vía ordinaria. En lo atinente al fondo del asunto, el a quo entendió que las sumas asignadas por los llamados gastos protocolares no integraban la remuneración de los activos por haber sido otorgadas con carácter de reintegro, sujetas a las variaciones que se produjeran mes a mes, según lo establecido por el art. 2° del decreto 838/94 referido.

5°) Que contra ese pronunciamiento, los demandantes dedujeron el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja. Sostienen que la sentencia realizó un examen insuficiente de las cuestiones en debate, al limitarse a repetir el concepto equívoco de “reintegro” contenido en el decreto impugnado sin advertir que las sumas no estaban sujetas a rendición de cuentas, y al omitir confrontar sus previsiones con las contenidas en la leyes jubilatorias, generales y específicas, que definen la naturaleza salarial de los viáticos y gastos que no estuviesen justificados por medio de comprobantes.

6°) Que al haberse sustentado el remedio federal en la inconstitucionalidad del decreto 838/94 citado y en la doctrina de la

arbitrariedad por omisión de tratar argumentos conducentes para la solución del pleito, corresponde tratar en primer lugar esta última causal, pues de existir no habrá sentencia propiamente dicha (Fallos: 330:4706, 2564 y 2234).

7°) Que los agravios son procedentes. La alzada consideró que la asignación contemplada en el decreto citado no tenía naturaleza salarial porque se trataba de un “reintegro”. De ese modo, dejó sin resolver la contradicción que, según los actores, se presentaba entre ese término y la eximición expresa de presentar la necesaria rendición de cuentas para justificar las sumas que supuestamente habrían de reembolsarse mediante ese renglón.

8°) Que el defecto lógico que presenta ese razonamiento resulta más notorio aún si se repara que los recurrentes objetaron el carácter no remunerativo otorgado a la mencionada asignación, que —a su entender— encubrió un aumento salarial, y lejos de dar adecuado tratamiento a la impugnación, el a quo se limitó a reproducir los términos del decreto en cuestión.

9°) Que en tales condiciones, la decisión resulta dogmática. Más allá de la calificación dada al crearse un suplemento, no cabe negar su esencia salarial cuando resulte de la contraprestación que retribuye y de las condiciones de habitualidad y libre disponibilidad establecidas por las leyes de fondo, aspectos que deben ser examinados en las instancias ordinarias pertinentes (conf. argumentos del voto de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Argibay en la causa “Finocchietti” -Fallos: 334:1172-, en especial considerando 22).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado en este fallo. Costas por su orden. Notifíquese y remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*según su voto*)— CARLOS S. FAYT —
JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON
DE NOLASCO

Considerando:

1º) Que los peticionarios -jubilados como ministros, secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo Nacional- promovieron demanda con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad del decreto 838/94, en cuanto había calificado como no remunerativa la suma mensual que el artículo 2º de esa norma autorizaba a pagar a los funcionarios en actividad en concepto de “reintegro de gastos para afrontar gastos protocolares”, desde el 1º de junio de 1994.

2º) Que a tal efecto, los actores afirmaron que las únicas mensualidades que no se computaban en el haber jubilatorio correspondían a viáticos y gastos de representación sujetos a rendición de cuentas, en los términos del art. 14 de la ley 18.464 al amparo de la cual habían obtenido el derecho a la jubilación; señalaron que pese a que el decreto en debate había caracterizado ese renglón como “reintegro”, estaba eximido del requisito de rendición de cuentas, lo que determinaba su incorporación al patrimonio de los funcionarios en actividad y la necesidad de trasladarlo proporcionalmente a los haberes de retiro; citaron jurisprudencia de esta Corte que había reconocido naturaleza salarial a una asignación similar establecida para los magistrados del Poder Judicial, y detallaron las disposiciones de las leyes 18.037 y 18.464 que delimitaban los alcances del concepto “remuneración” a los fines previsionales.

3º) Que el juez de primera instancia rechazó la petición y los planteos de inconstitucionalidad por considerar que una parte de los actores había obtenido una sentencia denegatoria sobre idéntica cuestión, pasada en autoridad de cosa juzgada, y que los restantes demandantes no habían logrado demostrar el perjuicio que la norma impugnada les causaba.

4º) Que, apelado el fallo por los jubilados, la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social tuvo en cuenta que la pretensión había sido desestimada en diferentes acciones de amparo promovidas por los actores, por requerir su decisión mayor amplitud de debate y prueba, y que se había replanteado la cuestión por vía ordinaria. En lo atinente

al fondo del asunto, el a quo entendió que las sumas asignadas por los llamados gastos protocolares no integraban la remuneración de los activos por haber sido otorgadas con carácter de reintegro, sujetas a las variaciones que se produjeran mes a mes, según lo establecido por el art. 2° del decreto 838/94 referido.

5°) Que contra ese pronunciamiento, los demandantes dedujeron el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja. Sostienen que la sentencia realizó un examen insuficiente de las cuestiones en debate, al limitarse a repetir el concepto equívoco de “reintegro” contenido en el decreto impugnado sin advertir que las sumas no estaban sujetas a rendición de cuentas, y al omitir confrontar sus previsiones con las contenidas en la leyes jubilatorias, generales y específicas, que definen la naturaleza salarial de los viáticos y gastos que no estuviesen justificados por medio de comprobantes.

6°) Que al haberse sustentado el remedio federal en la inconstitucionalidad del decreto 838/94 citado y en la doctrina de la arbitrariedad por omisión de tratar argumentos conducentes para la solución del pleito, corresponde tratar en primer lugar esta última causal, pues de existir no habrá sentencia propiamente dicha (Fallos: 330:4706, 2564 y 2234).

7°) Que los agravios son procedentes. La alzada consideró que la asignación contemplada en el decreto citado no tenía naturaleza salarial porque se trataba de un “reintegro”. De ese modo, dejó sin resolver la contradicción que, según los actores, se presentaba entre ese término y la eximición expresa de presentar la necesaria rendición de cuentas para justificar las sumas que supuestamente habrían de reembolsarse mediante ese renglón.

8°) Que el defecto lógico que presenta ese razonamiento resulta más notorio aún si se repara que los recurrentes objetaron el carácter no remunerativo otorgado a la mencionada asignación, que –a su entender– encubrió un aumento salarial, y lejos de dar adecuado tratamiento a la impugnación, el a quo se limitó a reproducir los términos del decreto en cuestión.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin

efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado en este fallo. Costas por su orden. Notifíquese y remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de hecho interpuesto por **Rufino Bertrán y otros**, representados por la **Dra. Susana Norma Bartolomei**, en calidad de apoderada.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 3**.

CAVALLO, DOMINGO FELIPE Y OTRO S/ INCIDENTE DE
REGULACIÓN DE HONORARIOS DE CALCAGNO, ALFREDO E. -
CAUSA N° 6420/01 Y 11.532/09

HONORARIOS DE PERITOS

Si el apelante fue designado oficialmente, junto con otros tres profesionales, con motivo de los conocimientos específicos que poseía sobre el tema en investigación en una causa penal de relevancia y trascendencia pública y económica indudable, dado que se analizaba si la operación del “megacanje de la deuda externa” había sido realizada con fines defraudatorios o dirigidos a favorecer intereses distintos de los del Estado Nacional y los puntos respecto de los cuales tuvieron que expedirse los expertos dan cuenta de la complejidad de la tarea que realizaron, la mera referencia a un precedente jurisprudencial del Tribunal y a la normativa aplicable, así como la invocación genérica respecto de las pautas que habrían tenido en cuenta las instancias ordinarias para fijar los honorarios del perito, no ponen de manifiesto la existencia de un examen concreto de las constancias de la causa relacionadas con la labor cumplida, omitiendo en consecuencia la indispensable fundamentación con arreglo a las circunstancias del proceso.

- La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró que la queja no había cumplido con los requisitos exigidos en el art. 4° del reglamento aprobado por la acordada 4/2007-.

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

A mi modo de ver, las cuestiones que se debaten en el *sub lite* resultan sustancialmente análogas a las examinadas por este Ministerio Público en el dictamen del día de la fecha, *in re* C.862, L.XLVI., “Cavallo, Domingo Felipe y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de regulación de honorarios de Eduardo Melinsky -causa N° 6420/01 y 11530/09”, a cuyos términos y conclusiones cabe remitirse por razones de brevedad en lo que fuere pertinente.

Opino, por tanto, que corresponde desestimar la presente queja. Buenos Aires, 19 de febrero de 2014. *Laura M. Monti*.

Suprema Corte:

-I-

A fs. 394/399 del incidente de regulación de honorarios (a cuya foliatura corresponderán las siguientes citas), la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala III), rechazó el recurso del mismo nombre que interpuso el contador Eduardo Melinsky y, en consecuencia, confirmó la resolución de la instancia anterior en cuanto había regulado los honorarios profesionales de aquél por la labor que realizó como perito oficial.

Para resolver del modo indicado, el tribunal apelado señaló, en primer término, que lo referente a los estipendios profesionales solamente resulta revisable en esa instancia cuando lo decidido aparece privado de razonabilidad y no se encuentra fundado de conformidad con las circunstancias concretas de la causa. Agregó que los jueces de grado disponen de un amplio margen de discrecionalidad para su ponderación.

Indicó que la regulación practicada resulta provisional, pues se trata de un cobro anticipado de los emolumentos por parte del perito sin que haya finalizado la causa. Añadió que el citado profesional no representa a ninguna de las partes en conflicto, por lo que no corresponde considerar el *quantum* del delito ni los daños causados.

A los fines de determinar la base regulatoria, consideró aplicable al caso el criterio sentado por V.E. en autos “Balzarroti, Guillermo y otros s/ regulación de honorarios en autos N° 40.623-B” (Fallos: 314:303), para fijar los honorarios profesionales en materia penal cuando el monto del juicio no está determinado, situación que, a su juicio, se presenta en el *sub lite*.

Sobre tales bases sostuvo que no correspondía tener en consideración, al momento de regular estipendios, el monto del asunto o proceso frente a la inexistencia de acción civil, tal como acontecía en el *sub examine*.

Finalmente destacó la Cámara que, a los efectos de determinar los emolumentos del recurrente, los magistrados de la instancia anterior habían ponderado la tarea y el tiempo que demandó la realización del informe pericial, la forma en que se llevó a cabo y como su resultado, sin que fuera posible advertir arbitrariedad en dicho pronunciamiento.

-II-

Disconforme con tal decisión, el Sr. Melinsky dedujo el recurso extraordinario de fs. 407/424, cuya denegación a fs. 431 originó esta presentación directa.

Sostiene que la sentencia apelada incurre en arbitrariedad, pues vulnera las garantías constitucionales consagradas en los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional, toda vez que no tuvo en cuenta el valor o, al menos, la trascendencia económica del juicio al momento de regular sus estipendios ni la importancia que tuvo el informe pericial que realizó para el procesamiento de los imputados.

Alega que en el presente proceso “hay una operación de megacanje que supera los 30.000 millones de dólares estadounidenses y que “se atribuye a los imputados haber llevado adelante dicha operación, pese a saber de su inutilidad, además de haber favorecido una serie de intermediarios con comisiones innecesarias que rondan los u\$s 150.000.000”, por lo que sostiene que este último monto constituye la base regulatoria sobre la cual deberán aplicarse los porcentuales establecidos en las leyes arancelarias. En forma subsidiaria, indica que deberá tomarse en consideración el monto del embargo fijado sobre los imputados en el auto de procesamiento.

Señala que la decisión recurrida se aparta de las normas aplicables al caso, por lo cual no constituye una derivación razonada del derecho vigente y resulta contraria a la verdad jurídica objetiva.

Finalmente, manifiesta que la resolución impugnada afecta su derecho de propiedad y genera un enriquecimiento sin causa a favor del obligado al pago de los emolumentos, que es el Poder Judicial.

-III-

En primer término, cabe señalar que si bien, como ha señalado el *a quo*, lo cuestionado en autos es una regulación de carácter provisional, la decisión impugnada tiene carácter definitivo, pues estableció las pautas sobre las cuales corresponde determinar los honorarios del recurrente sin que ello pueda ser objeto de ulterior revisión (Fallos: 316:2382).

Sentado lo anterior, corresponde recordar la inveterada doctrina de la Corte según la cual las cuestiones referentes a honorarios, así como también las referidas a la determinación de la base computable para la regulación de los emolumentos y a la apreciación de los trabajos profesionales son de naturaleza fáctica y procesal, e insusceptibles de tratarse en la instancia del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 296:124; 302:253, 1135; entre muchos otros), ya que conducen a la discusión de cuestiones regidas por normas de derecho común y procesal, como así también de aspectos de hecho y prueba que están reservados a los jueces de la causa. Ello, sin perjuicio de la posibilidad que cabe al Tribunal de hacer excepción a tales principios, en los casos abarcados por la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (Confr. Fallos: 308:956 y 2211; 311:122; 319:1612, entre otros).

A mi modo de ver, en el *sub lite* no se verifica ninguna circunstancia que permita hacer excepción a la mencionada regla. En efecto la cámara precisó las razones en las cuales fundamentó la determinación de los honorarios del recurrente. Asimismo, citó la normativa que rige la cuestión (art. 6° del decreto-ley 16.638/57) y las causas por la que así decidió, e invocó jurisprudencia de V.E. plenamente aplicable al *sub examine*. Además tuvo en consideración diversos aspectos como la extensión y la calidad del trabajo presentado por el perito, por lo que considero que la decisión en crisis exterioriza fundamentos suficientes para excluir la tacha de arbitrariedad que se le endilga, máxime cuando la aplicación de tal doctrina es particularmente restringida en este punto, habida cuenta de que las normas que rigen las regulaciones conceden amplio margen a la razonable discrecionalidad judicial (Fallos: 268:382; 294:459).

Por otro lado, advierto que los agravios del recurrente, relacionados con que, en el caso, se trata de un proceso con monto determina-

do, no logran desvirtuar los fundamentos dados por la cámara para sostener la ausencia de carácter económico en el *sub examine*, toda vez que aquél no ha aportado ningún elemento de convicción ni otras razones que justifiquen una solución distinta de la adoptada en la instancia anterior.

Entiendo que ello es así pues, en el marco del proceso penal en el cual el recurrente cumplió su labor como perito, se trata de establecer si la operatoria del megacanje fue llevada a cabo mediante conductas delictivas, persiguiéndose la eventual aplicación de una pena privativa de libertad a los responsables de aquéllas, sin que exista una acción civil paralela que tenga por objeto una pretensión de índole resarcitoria, único supuesto en virtud del cual puede atribuirse carácter económico a un pleito de naturaleza penal.

En tales condiciones y siguiendo los lineamientos sentados por V.E. en Fallos: 314:303, considero que el apelante confunde proceso sin monto determinado (como el que se presenta en el caso) con las apreciaciones económicas que puedan hacerse en el peritaje. Ni esa circunstancia ni la existencia de un embargo sobre los bienes de los procesados pueden utilizarse como sustento para asignar naturaleza económica a un proceso penal, en el que, como señalé, los querellantes y el fiscal persiguen la aplicación de una pena y no existe ningún reclamo patrimonial, hipótesis que, de haberse configurado, hubiese transformado este proceso en susceptible de apreciación pecuniaria.

Por lo expuesto, lo decidido resulta adecuado a los términos del art. 6° del decreto-ley 16.638/57.

En esa inteligencia, se aprecia que los agravios invocados trasuntan una mera disconformidad con aspectos que, por regla, constituyen materia ajena a esta instancia de excepción, pues se vinculan con cuestiones de derecho común y procesal, que han sido oportunamente resueltas sobre la base de argumentos que, al margen de su acierto o error, no compete a la Corte revisar.

-IV-

Por ello, entiendo que corresponde desestimar la queja. Buenos Aires, 19 de febrero 2014. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 30 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Alfredo E. Calcagno en la causa Cavallo, Domingo Felipe y otro s/ incidente de regulación de honorarios de Calcagno, Alfredo E. – causa n° 6420/01 y 11.532/09”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala Tercera de la Cámara Federal de Casación Penal que, al modificar la decisión recurrida, mantuvo la regulación provisoria de los honorarios del perito contador Alfredo Eric Calcagno en la suma de \$ 45.000, el citado experto dedujo un recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja.

A tal efecto, en concordancia con las anteriores instancias y con sustento en un precedente de esta Corte (“Balzarotti”, Fallos: 314:303), el a quo entendió que no cabía considerar el monto del asunto o proceso frente a la inexistencia de acción civil, ya que si bien era cierto que las apreciaciones económicas que podían hacerse en el peritaje constituían una de las pautas que debían tenerse en cuenta para determinar el *quantum* de los honorarios del experto, ello no podía utilizarse como sustento para atribuir carácter económico a un proceso penal en el que el querellante y el fiscal perseguían la aplicación de una pena.

2º) Que en consecuencia, la cámara de casación concluyó que para fijar los emolumentos del profesional correspondía apartarse de la escala arancelaria del art. 3º del decreto-ley 16.638/57 y utilizar las pautas establecidas en los arts. 534 del Código Procesal Penal, 6º del citado decreto-ley y 13 de la ley 24.432.

En tal sentido, consideró que no se observaban los alegados defectos del fallo impugnado pues de las actuaciones surgían valoradas para la regulación, el sueldo que percibía un perito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la complejidad de la tarea, el tiempo que había demandado su realización –nueve meses–, el número de expertos que habían intervenido, la forma en que se había llevado a cabo el

estudio y su resultado, entendido como el aporte que había brindado al conocimiento de los hechos y a la dilucidación del asunto.

3º) Que el recurrente señala que la sentencia es arbitraria pues vulnera las garantías consagradas en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional al apartarse sin dar razón suficiente de las normas vigentes del arancel profesional y al no tener en cuenta el valor o la trascendencia económica del juicio al momento de regular sus honorarios.

Afirma que se ha dejado de lado que el “megacanje” fue una operación de 30.000 millones de dólares que favoreció a una serie de intermediarios con comisiones de u\$s 150.000.000 aproximadamente, cantidad que considera monto del juicio al que debía aplicarse la escala prevista en el art. 3º, inc. d, del decreto-ley 16.338/57. Indica que, en subsidio, debía tomarse como base regulatoria la suma por la que se trabó embargo en los bienes de los procesados (\$ 95.000.000).

Asimismo, manifiesta que de no aceptarse dicha suma como base, el a quo al menos debió considerarla como pauta ineludible para determinar los emolumentos; que en la actualidad no existe quien pueda solicitar la reparación civil pues la Procuración del Tesoro de la Nación no ha sido notificada del trámite del juicio y tampoco pueden hacerlo los querellantes por actuar en defensa del patrimonio nacional, quedando sólo la posibilidad de que se aplique el art. 29 del Código Penal referente a la condena por resarcimiento del daño material.

4º) Que aun cuando el recurso extraordinario se dirige a cuestionar una regulación provisoria de honorarios, la decisión impugnada provoca agravios de insusceptible o difícil reparación ulterior que la hacen equiparable a la sentencia definitiva exigida por el art. 14 de la ley 48, dado que el profesional no tendrá otra oportunidad en el proceso para discutir respecto de las pautas que deben ser tenidas en cuenta para efectuar dicha regulación.

5º) Que las objeciones del recurrente vinculadas con que se trata de un proceso por monto determinado no logran desvirtuar los fundamentos dados por la cámara al respecto y sólo ponen de manifiesto su discrepancia respecto del criterio utilizado que resulta ajustado al objeto del proceso en el que se requirió la regulación de honorarios, sin que se adviertan defectos de razonamiento que permitan descalificar la sentencia en dicho punto.

6º) Que no obstante ello, si bien es cierto que lo atinente al monto de los honorarios y a las pautas consideradas para regularlos en las instancias ordinarias, constituyen materia que, por su naturaleza, resulta ajena a la vía extraordinaria federal, ello no es óbice para que esta Corte Suprema pueda conocer en el asunto cuando, por medio de la doctrina de la arbitrariedad, se tiende a hacer efectiva la garantía de la defensa en juicio, exigiendo que las sentencias constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, especialmente si la solución afecta el derecho a la justa retribución del profesional y lo priva de derechos definitivamente incorporados a su patrimonio como consecuencia de las tareas realizadas (conf. Fallos: 312:682; 316:1575; 317:975; 320:2485; 321:330 y 327:1491).

7º) Que en el presente caso se suscita la aludida excepción al principio general, dado que el a quo ha omitido la indispensable fundamentación conforme a las constancias de la causa y no se ha pronunciado respecto de articulaciones serias y conducentes, oportunamente propuestas por el interesado (conf. Fallos: 310:236 y 566; 316:379; 324:2966; 325:1691; 328:3067; 330:1722 y 4207, entre otros).

8º) Que, en efecto, además de que los parámetros fijados por las normas citadas en el fallo apelado no han sido valorados de manera suficiente, de modo de reflejar en el monto regulado la entidad del trabajo efectuado por los profesionales, la alzada no hace referencia alguna a las apreciaciones económicas efectuadas en el peritaje, pautas que deben ser tenidas en cuenta al determinar el *quantum* de los emolumentos.

9º) Que en ese sentido, cabe destacar que el apelante fue designado oficialmente, junto con otros tres profesionales, con motivo de los conocimientos específicos que poseía sobre el tema en investigación y a los efectos de llevar adelante un peritaje ampliatorio del que ya había efectuado el Cuerpo de Peritos Contadores de esta Corte Suprema, en una causa penal de relevancia y trascendencia pública y económica indudable, dado que se analizaba si la operación del “megacanje de la deuda externa” había sido realizada con fines defraudatorios o dirigidos a favorecer intereses distintos de los del Estado Nacional.

Asimismo, los puntos respecto de los cuales tuvieron que expedirse los expertos, transcriptos en el remedio federal, dan cuenta de la complejidad de la tarea que realizaron, y los términos en que se habrían expedido tanto el Ministerio Público como la Cámara Criminal y Correccional Federal al considerar y calificar el resultado del estudio oficial como definitorio para esas actuaciones y esclarecedor de los puntos grises –según lo sostiene el juez de primera instancia a fs. 214 y la citada cámara a fs. 277 de este incidente–, ponen de manifiesto la eficacia de la labor cumplida por aquéllos.

10) Que por último, como ya se dijo y lo señala el precedente de este Tribunal citado por el a quo en su decisión, en lo que respecta a su consideración como pautas para determinar el *quantum* de los emolumentos (Fallos: 314:303), no pueden dejar de destacarse las apreciaciones económicas que surgían del peritaje que, en definitiva, son las que también otorgan valor e importancia al proceso, como ser que la operación del “megacanje” que se atribuía haber llevado adelante a los imputados superaba los 30.000 millones de dólares; que para ello se habían pactado con los intermediarios comisiones por la suma aproximada de u\$s 150.000.000, de las que se habían pagado u\$s 98.320.615,81, y que en el auto de procesamiento de los doctores De la Rúa, Cavallo, Marx y Baldrich se les había trabado un embargo sobre sus bienes por un total de \$ 95.000.000.

11) Que frente a las particularidades puestas de manifiesto, la mera referencia a un precedente jurisprudencial del Tribunal y a la normativa aplicable, así como la invocación genérica respecto de las pautas que habrían tenido en cuenta las instancias ordinarias para fijar los honorarios del perito, no ponen de manifiesto la existencia de un examen concreto de las constancias de la causa relacionadas con la labor cumplida en los términos señalados, omitiendo en consecuencia la indispensable fundamentación con arreglo a las circunstancias del proceso (conf. arg. Fallos: 330:4207).

12) Que esta Corte Suprema ha señalado que la falta de ponderación de las pautas previstas en los regímenes arancelarios que concilie el derecho a la remuneración profesional justa por la labor cumplida, con la naturaleza y modalidades de la intervención, el monto de las utilidades realizadas, la eficacia e importancia de la gestión, la responsabilidad en ella comprometida, el tiempo que razonablemente le debe haber llevado su concreción y demás circuns-

tancias del caso, descalifica la decisión ya que la sola mención de la normativa y la alusión a pautas de extrema generalidad como las empleadas no permiten inferir cuál es la alícuota establecida o de qué forma se ha valorado la labor profesional como retribuida (conf. Fallos: 314:904 y 328:3067).

13) Que la complejidad, eficacia y relevancia de la tarea realizada por el experto a las que se ha hecho referencia y, particularmente, las apreciaciones económicas que el mismo precedente de esta Corte citado por el a quo menciona como pautas a considerar al momento de fijar los emolumentos y respecto de las cuales nada ha dicho la cámara a pesar de haber sido puestas oportunamente de manifiesto por el recurrente, dan cuenta de la marcada desproporción que existe entre los \$ 45.000 regulados a favor de aquél y los montos que otorgan importancia a la causa penal en cuestión, lo que en definitiva provoca que la regulación se aparte de la realidad económica del caso.

14) Que atento a las deficiencias descriptas, esta Corte entiende que en el caso no existe un ejercicio razonable de la discrecionalidad con la que cuentan los jueces para fijar los honorarios de los profesionales, circunstancia que vulnera las garantías constitucionales invocadas, por lo que corresponde revocar el fallo apelado.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente la queja, formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, reintégrese el depósito, agréguese la queja al principal y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)— JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I.
HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que la queja por denegación del recurso extraordinario no ha cumplido con los requisitos exigidos en el art. 4° del reglamento aprobado por la acordada 4/2007.

Por ello, se la desestima. Declárase perdido el depósito de fs. 34. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de hecho interpuesto por **Alfredo Eric Calcagno**, patrocinado por el **Dr. Horacio Desimone**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Casación Penal, Sala III**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II y Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 2, Secretaría n° 4**.

CÁMARA MINERA DE JUJUY Y OTRA (PROVINCIA DE
JUJUY) c/ ESTADO NACIONAL s/ ACCIÓN DECLARATIVA DE
INCONSTITUCIONALIDAD

MEDIO AMBIENTE

Cabe rechazar in limine la acción declarativa deducida contra el Estado Nacional a fin de obtener la inconstitucionalidad de los artículos 2, 3, 5, 6, 7 y 15 de la ley nacional 26.639 que estableció el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, pues sin perjuicio de notar la omisión del Poder Ejecutivo Nacional en realizar el inventario y así precisar el contenido de una ley que el Congreso le ordenó reglamentar hace 4 años en un plazo de 180 días a partir de su publicación, la acción planteada no resulta un medio apto para satisfacer el interés especulativo de la actora, y su pretensión tendiente a obtener la declaración general y directa de inconstitucionalidad de la norma sancionada -y la medida cautelar dictada en conse-

cuencia-, no acreditan una “causa” o “caso contencioso”, que permita la intervención del Poder Judicial de la Nación.

CASO O CONTROVERSIA

Las consecuencias del control judicial sobre las actividades ejecutiva y legislativa suponen que el requisito de la existencia de un “caso o controversia judicial” sea observado rigurosamente para la preservación de la garantía de la división de poderes, siendo éste requisito aplicable a las acciones meramente declarativas, lo que excluye la posibilidad de dar trámite a pretensiones, en tanto las normas o actos de otros poderes no hayan dado lugar a un litigio contencioso para cuyo fallo se requiera el punto constitucional propuesto.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 15/32, la Cámara Minera de Jujuy, por intermedio de su Presidente, dedujo la acción prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ante el Juzgado Federal N° 2 de Jujuy, contra el Estado Nacional, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 2, 3, 5, 6, 7 y 15 de la ley nacional 26.639 del Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial.

La cuestionó, por considerar que conculca los arts. 1° , 14, 16, 17, 28, 31, 41, 75 incs. 12 y 18, 121 a 124 de la Constitución Nacional, con el propósito de evitar los daños que la aplicación de esas normas pudieren causar y hacer cesar el estado de incertidumbre sobre el alcance de dicha ley para los emprendimientos mineros actualmente en desarrollo, como para los ya proyectados en el territorio provincial, que están amenazados y afectados por las normas en conflicto.

Además, peticionó la concesión de una medida cautelar, en los términos del art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por la cual se suspenda la aplicación de la ley cuestionada y que el Estado Nacional y las autoridades provinciales se abstengan de adoptar cualquier medida tendiente a la aplicación de las disposicio-

nes de dicha ley que puedan alterar la situación actual de los emprendimientos mineros.

Por último, requirió la citación como tercero a juicio a la Provincia de Jujuy como titular de dominio originario de los recursos naturales que se encuentran en su territorio, así como también en materia de protección ambiental puesto que la norma en cuestión colisiona también con la ley local 5647 (v. además fs. 45).

A fs. 35/37, el Juez Federal hizo lugar a la medida cautelar solicitada, decisión que fue apelada por la demandada a fs. 43.

A fs. 110, la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, devolvió las actuaciones al Juzgado Federal N° 2 de Jujuy a fin de que resuelva sobre la citación.

A fs. 146/155, la Provincia de Jujuy se presentó y adhirió a los argumentos expuestos por la actora en la demanda, con apoyo sustancialmente en los arts. 5°, 41, 75 incs. 18 y 19 y 121 a 126 de la Constitución Nacional, en la ley 25.675 General del Ambiente, en la Constitución local y en varias disposiciones también de carácter local, y requirió que se declare la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en razón de lo dispuesto en los arts. 116 y 117 de la Carta Magna.

A fs. 217/218, el juez federal remitió las actuaciones a la Corte para que tramiten ante su instancia originaria, según lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución.

A fs. 227, se corre vista por la competencia a este Ministerio Público.

-II-

Uno de los supuestos en que procede la competencia originaria de la Corte si es parte una provincia, según el art. 117 de la Constitución Nacional, es cuando la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso o en tratados con las naciones extranjeras, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 322:1470; 323:2380 y 3279).

En cuanto al primero de los requisitos enunciados, creo que se encuentra cumplido en autos, puesto que resulta procedente la intervención de la Provincia de Jujuy, quien se adhirió a los términos de la demanda, pidió ser tenida por parte en la causa y luego fue aceptada por el magistrado federal a fs. 217/218, toda vez que dice tener un interés directo en la declaración de inconstitucionalidad de la ley nacional 26.639 del Régimen de Presupuestos Mínimos para la Protección de

Glaciares y el Ambiente Periglacial.

Por ello, considero que la Provincia de Jujuy es parte nominal y sustancial en el pleito, de acuerdo con la doctrina del Tribunal (Fallos: 312:1227 y 1457; 313:144; 314:508; 322:1511 y 2105, entre muchos otros) por el interés directo que manifestó al adherirse, en su escrito de fs. 146/155, a los términos de la demanda impetrada por la actora.

En tales condiciones, en atención a la naturaleza de las partes que han de intervenir en el proceso, por un lado la Provincia de Jujuy, como litisconsorte activo -a quien le concierne la competencia originaria de la Corte, de conformidad con el art. 117 de la Constitución Nacional- y por el otro el Estado Nacional, que resulta ser el demandado en el pleito -quien tiene derecho al fuero federal, según lo dispuesto en el art. 116 de la Ley fundamental-, la única forma de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales es sustanciando la acción en esta instancia originaria (confr. causas P. 1045, XLIII, Originario “Papel Prensa S.A. c/ Estado Nacional - Provincia de Buenos Aires citada como tercero s/ acción meramente declarativa -incidente de medida cautelar”, dictamen del 21 de mayo de 2008 y sentencia del 10 de agosto de 2010 y A.410, L.XLVI, Originario “Agropecuaria Mar S.A. c/ San Juan, Provincia de y otro (Estado nacional) s/ ordinario”, dictamen del 31 de agosto de 2010 y sentencia del 10 de diciembre de 2013).

Con respecto al segundo de los recaudos indicados, entiendo que también concurre en el proceso, ya que en el *sub lite*, según se desprende de los términos de la demanda, -a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, según los arts. 4° y 5° del código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 306:1056; 308:1239 y 2230- la Cámara Minera actora y la provincia pretenden obtener que se declare inconstitucional la ley nacional 26.639 del Régimen de Presupuestos Mínimos para la Protección de Glaciares y el Ambiente Periglacial, toda vez que -a su entender- vulnera competencias propias del estado local en materia de derecho ambiental y recursos naturales, que se desprenden principalmente de los arts. 41, 121 a 124 de la Constitución Nacional y de la ley 25.675 General del Ambiente.

Por ello, entiendo que lo medular del planteamiento que se efectúa remite necesariamente, en ambos supuestos, a desentrañar el sentido y los alcances de tales preceptos federales, cuya adecuada hermenéutica resultará esencial para la justa solución de la controversia y permitirá apreciar si existe la mentada violación constitucional que se alega (Fallos: 311:2154, cons. 4°).

Además, toda vez que tal pretensión versa sobre la preservación de las órbitas de competencia entre los poderes del gobierno federal y los de una provincia en materia medioambiental, de protección de recursos naturales y de regulación minera, ello hace que se encuentre entre las causas especialmente regidas por la Constitución Nacional, a las que alude el art. 2º, inc. 1º, de la ley 48, lo que hace competente a la justicia nacional para entender en ella (confr. causa “Papel Prensa” antes citada y más recientemente en B.140, L.XL-VII “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado nacional (Provincia de San Juan citada como tercero s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” dictamen del 16 de mayo de 2011 y sentencia del 7 de junio de 2011).

En atención a lo expuesto, al ser parte una provincia en una causa de manifiesto contenido federal, opino que -cualquiera sea la vecindad o nacionalidad de las actoras (Fallos: 317:473; 318:30 y sus citas y 323:1716, entre muchos otros)- el pleito corresponde a la competencia originaria de la Corte. Buenos Aires, 23 de abril de 2014. *Laura M. Monti*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 30 de diciembre de 2014.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que la Cámara Minera de Jujuy, por intermedio de su presidente, dedujo acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ante el Juzgado Federal nº 2 de Jujuy contra el Estado Nacional, a fin de obtener la inconstitucionalidad de los artículos 2, 3, 5, 6, 7 y 15 de la ley nacional 26.639 que estableció el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial.

Solicitó accesoriamente una medida cautelar en el marco del artículo 230 del código citado con el objeto de sus-pender la aplicación de la ley que cuestiona, en el entendimiento de que ello puede alterar la situación actual de emprendimientos mineros.

Requirió finalmente la citación como tercero a juicio a la Provincia de Jujuy como titular de dominio originario de los recursos naturales que se encuentran en su territorio, porque -afirma- la ley federal impugnada colisiona con la normativa local que cita (fs. 15/32).

2°) Que el Juez Federal n° 2 de Jujuy hizo lugar a la medida cautelar solicitada (fs. 35/37). Para así decidir, consideró que existía verosimilitud del derecho porque en su comprensión “no se puede descartar un conflicto” entre los artículos 41 y 124 de la Constitución Federal (fs. 35 vta). Respecto del peligro en la demora afirmó que “prima facie” la ley 26.639 creó “un estado de incertidumbre e intranquilidad para las entidades mineras que componen la Cámara actora, dada su finalidad de fomentar y promover el desarrollo de la minería en el territorio provincial” (fs. 36).

Seguidamente, el Juez Federal n° 2 de Jujuy se declaró incompetente y dispuso la remisión de las actuaciones a esta Corte.

3°) Que para la procedencia de una acción meramente declarativa es imprescindible que la demanda presente un “caso” apto para la intervención de un tribunal de justicia (art. 2° de la ley 27). La ausencia de ese requisito importa la imposibilidad de juzgar, circunstancia que no puede ser suplida por la conformidad de las partes o por su consentimiento en una sentencia (Fallos: 308:1489).

En efecto, la acción declarativa de inconstitucionalidad debe responder a un “caso” porque este procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo, ni importa una indagación meramente especulativa. En el marco del artículo 322, la acción tiene por finalidad precaver las consecuencias de un “acto en ciernes” -al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal- y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (Fallos: 307:1379; 308:2569; 310:606, 320:1875; 322:678 y 1253 y 326:4774, entre otros).

4°) Que la actora no plantea en su demanda ninguna actividad de las características señaladas que pudiese causar algún tipo de afectación a sus intereses: “actualmente -explica- no se sabe cuál es exactamente la porción del territorio que quedarán definidas como glaciares y ambiente periglacial, es decir no se sabe con precisión que se está protegiendo aunque existen posibilidades ciertas que queden comprendidas las áreas de alta montaña con ‘suelo congelados’ y en

la media y baja montaña las áreas con ‘suelos saturados de hielo’ lo que constituye una amenaza arbitraria e ilegítima inminente para los derechos de mis representados” (fs. 17 vta.).

En estos términos, de su planteo sólo puede concluirse que si la actora no sabe “qué se está protegiendo” por medio de la ley que impugna, le resultará imposible delinear el acto en ciernes que pueda afectar sus intereses.

5°) Que la ley 26.639 ha sido por lo tanto impugnada en abstracto, y suspendida en su vigencia por un juez federal en esa misma condición, con total prescindencia de considerar la viabilidad de su aplicación actual o en ciernes a algún miembro de la Cámara Minera de Jujuy que pudiese dar lugar a una afectación en los derechos reconocidos por las normas federales que invoca.

En el marco propuesto por la actora, no se vislumbra cómo la disposición atacada genera un “estado de incertidumbre”, en la medida en que el Poder Ejecutivo Nacional aún no ha delimitado el ambiente glaciar y periglacial que cae bajo la prohibición del artículo 6° de la ley 26.639. De hecho, ya ha explicado esta Corte que es precisamente el dictado de medidas cautelares que suspenden la realización del inventario que ordena el artículo 5° de la ley en cuestión lo que neutraliza los procedimientos establecidos por la propia ley para generar la precisión que requiere el peticionante (Fallos: 335:1213 “Barrick”).

De este modo, el planteo no supera la mera hipótesis de que algún proyecto minero sito en la provincia de Jujuy –aunque ninguno ha sido individualizado por la cámara actora en su demanda– podría verse afectado por una prohibición cuyo alcance geográfico quedará delimitado cuando el Poder Ejecutivo Nacional cumpla la tarea reglamentaria encomendada por el legislador en los artículos 3°, 4° y 5° de la ley citada.

Es por ello que -sin perjuicio de notar la omisión del Poder Ejecutivo Nacional en realizar el inventario y así precisar el contenido de una ley que el Congreso le ordenó reglamentar hace 4 años en un plazo de 180 días a partir de su publicación (artículo 15 de la misma ley)- la acción declarativa planteada no resulta un medio apto para satisfacer el interés especulativo de la actora. Su pretensión tendiente a obtener la declaración general y directa de inconstitucionalidad de la norma

sancionada por el Congreso Federal –y la medida cautelar dictada en consecuencia- no acreditan una “causa” o “caso contencioso” que permita la intervención del Poder Judicial de la Nación (Fallos: 307:2384 y sus citas, entre muchos otros).

6°) Que esta Corte ha receptado desde sus inicios el principio según el cual las consecuencias del control judicial sobre las actividades ejecutiva y legislativa suponen que el requisito de la existencia de “un caso” o “controversia judicial” sea observado rigurosamente para la preservación de la garantía de la división de poderes, siendo este requisito aplicable a las acciones meramente declarativas en los términos mencionados en el considerando 3°. Ello excluye la posibilidad de dar trámite a pretensiones como la del sub lite, en tanto las normas o actos de otros poderes no hayan dado lugar a un litigio contencioso para cuyo fallo se requiera el punto constitucional propuesto (arg. de Fallos: 320:1556; 322:678 y sus citas).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se rechaza in limine la demanda y se deja sin efecto la medida cautelar dictada. Notifíquese y archívese.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Parte actora: **Cámara Minera de Jujuy**, representada por el ingeniero Nilo Carrión, en calidad de presidente, con el patrocinio letrado del Dr. Jorge David Kalney.

Parte demandada: **Estado Nacional**, representado por las Dras. Felicita A. D. Fiorda y Silvia Mónica Arrostito, en su condición de letradas apoderadas.

Tercero citado: **Provincia de Jujuy**, representada por los letrados apoderados Agustín Ontiveros y Alberto Miguel Matuk.

GÓMEZ, CLAUDIA PATRICIA c/ SADEN S.A. Y OTRO
s/ DESPIDO

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Cabe dejar sin efecto la sentencia que resolvió que en virtud de lo previsto por el art. 30 LCT, la Obra Social era solidariamente responsable del pago de los créditos laborales adeudados a la actora por su ex empleadora- empresa que la obra social había contratado para que prestara servicios de atención odontológica a sus afiliados-, pues el a quo incurrió en un inaceptable dogmatismo al afirmar que la prestación de tales servicios era una actividad propia de la obra social recurrente que fue delegada en la code mandada, y que, por tal motivo, se verificaban en el caso los presupuestos fácticos que- según la interpretación que la cámara hizo de la norma en cuestión- dan lugar a la imputación de responsabilidad solidaria.

OBRAS SOCIALES

La prioritaria aplicación de los recursos económicos de las obras sociales a garantizar la prestación de servicios de asistencia médica es una condición indispensable para que éstas puedan cumplir adecuadamente con su función de agentes naturales de un sistema de seguro cuyo objetivo fundamental es proveer el otorgamiento de prestaciones tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad posible (cfr. arto 2° de la ley 23.661), y el logro del tal objetivo puede ser puesto en jaque si aquellos recursos resultan afectados por decisiones judiciales que incurren en una arbitraria atribución de responsabilidad solidaria por obligaciones laborales ajenas.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

La regulación legal no implica que todo empresario deba responder por las relaciones laborales que tengan todos aquellos otros empresarios con quienes establece contratos que hacen a la cadena de comercialización -ya se trate de bienes o servicios-, máxime frente a la gran variedad de contratos que se generan actualmente en el seno de las relaciones interempresariales y el vasto campo comercial de las relaciones que así se manifiestan. -Voto del juez Ricardo L. Lorenzetti-. -Del precedente de Fallos: 330:2452, al que remite-.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo modificó la sentencia de primera instancia extendiendo la responsabilidad, solidariamente, de SADEN S.A. -empleadora de la actora- a la Obra Social de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamos para la Vivienda (OSSEG), con fundamento en el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo -LCT- (fs. 798/802 y fs. 833/834, de los autos principales, que citaré de ahora en adelante).

Para así decidir, el tribunal afirmó que las obras sociales que tercerizan total o parcialmente su actividad principal no quedan liberadas de las consecuencias previstas en el artículo 30 de la LCT. Sostuvo que el hecho de que la ley autorice a las obras sociales a delegar en terceros la prestación de servicios de salud no obsta a la extensión de responsabilidad establecida en esa norma. Agregó que tampoco obsta esa aplicación la circunstancia de que el empleador haya sido un prestador formalmente inscripto ante el órgano de contralor correspondiente.

Concluyó que en el caso el servicio de odontología delegado por OSSEG a SADEN S.A. integraba la actividad normal y específica de la obra social, por lo que cabía admitir la extensión de la responsabilidad laboral. Destacó que las pruebas producidas acreditan que la mayoría de los pacientes atendidos por SADEN S.A. eran afiliados de la OSSEG.

-II-

Contra dicho pronunciamiento OSSEG interpone recurso extraordinario federal, que fue contestado por la contraria y denegado por la Cámara, dando origen a la presente queja (fs. 841/861, fs. 878/879, fs. 888 y fs. 37/46 del cuaderno respectivo).

Con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad sostiene que la sentencia recurrida no contiene una valoración de las circunstancias comprobadas de la causa ni configura una decisión justa y razonada del derecho vigente.

Afirma que la actividad normal y específica propia no es la prestación de servicios médicos ni odontológicos, sino administrar los recursos para facilitar a sus afiliados el acceso a tales servicios, por lo que

no se cumplen los presupuestos del artículo 30 de la LCT. Alega que el contrato celebrado con SADEN S.A. se realizó en el marco de las disposiciones legales vigentes que rigen el sistema de seguro de salud. Por ello, aduce que la actora no tiene derecho a reclamar la aplicación de la responsabilidad solidaria sobre la base de una apreciación subjetiva de la cantidad o porcentual de afiliados a la OSSEG que requieran cobertura odontológica a través de SADEN S.A.

Sostiene que el mencionado artículo 30 de la LCT requiere un escrutinio estricto de los recaudos legales de aplicación en tanto se trata de una norma que obliga a un tercero al pago de una deuda ajena. Invoca los artículos 1195 y 1713 del Código Civil y 56 de la ley 19.550 y, finalmente, el artículo 17 de la Constitución Nacional.

-III-

En el caso, las objeciones planteadas por el apelante remiten al estudio de cuestiones ajenas a la instancia federal, pues lo resuelto concierne a la inteligencia de cuestiones fácticas y de derecho procesal y común, propias de los jueces de la causa y, como principio, ajenas al remedio extraordinario del artículo 14 de la ley n° 48 (Fallos: 317:177; 318:2639; 332:2815, entre muchos otros).

Incluso cabe recordar que la Corte Suprema en el caso registrado en Fallos: 332:2815 señaló que, en el marco de un recurso extraordinario, es impropio del cometido jurisdiccional de ese Tribunal formular una determinada interpretación del artículo 30 de la LCT dado el carácter común que éste posee. Luego recordó que, si bien es cierto que el excepcionalísimo supuesto de arbitrariedad de sentencia autoriza a que el Tribunal revise decisiones de los jueces de la causa en materia del mentado derecho común, la intervención en dichos casos no tiene como objeto sustituir a aquéllos en temas que son privativos, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que se circunscribe a descalificar los pronunciamientos que, por la extrema gravedad de sus desaciertos u omisiones, no pueden adquirir validez jurisdiccional (Fallos 332:2815).

En el caso, la valoración del *a quo* sobre las circunstancias de la causa -en particular, si en el caso medió una delegación de una actividad normal y específica propia de la obra social demandada a favor de la prestadora de salud SADEN S.A.- y la exégesis adoptada sobre el alcance del artículo 30 de la LCT no se evidencian irrazonables. En este marco, los agravios traídos por el recurrente sólo trasuntan una mera discrepancia con lo decidido, lo que no habilita la instancia extraordinaria federal.

Por todo lo expuesto, opino que corresponde desestimar el recurso de queja impetrado. Buenos Aires, 2 de junio de 2014. *Irma Adriana García Netto*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 30 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda en la causa Gómez, Claudia Patricia c/ Saden S.A. y otro s/ despido”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que, al revocar el fallo de primera instancia en este aspecto, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo resolvió que, en virtud de lo previsto por el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda (OSSEG) era solidariamente responsable del pago de los créditos laborales adeudados a la actora por su ex empleadora SADEN S.A., empresa que la obra social había contratado para que prestara servicios de atención odontológica a sus afiliados (fs. 833/836 de los autos principales, a cuya foliatura se aludirá en lo sucesivo).

Para así decidir por mayoría, la cámara tuvo en cuenta, en síntesis, que: a) “el hecho de que el empleador haya sido un prestador de la obra social demandada formalmente inscripto como tal ante el órgano correspondiente no obsta a la viabilidad de la extensión de responsabilidad establecida por el art. 30 LCT si es que se verifican los presupuestos de hecho que la condicionan”; y b) “teniendo en cuenta lo expuesto, y dado que es indudable que el servicio de salud delegado en SADEN (odontología) integra la actividad normal y específica propia de OSSEG, corresponde admitir la extensión a ésta [de] la responsabilidad por el pago de los créditos derivados del vínculo laboral que la actora mantuvo con dicho prestador”.

2°) Que contra tal decisión la obra social dedujo el recurso extraordinario (fs. 841/861) cuya denegación dio origen a la queja en examen.

3°) Que aunque los argumentos del recurso extraordinario remiten al examen de temas de índole fáctica y de derecho común que, como regla, no son susceptibles de revisión por la vía prevista en el art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a tal premisa cuando, como acontece en este caso, la sentencia apelada se apoya en meras consideraciones dogmáticas sin dar un tratamiento adecuado a la cuestiones planteadas (Fallos: 311:2120; 332:2414, entre muchos otros).

Al respecto, cabe recordar que en el precedente “Benítez” (Fallos: 332:2815) esta Corte dejó en claro que es impropio de su cometido jurisdiccional en el marco del recurso extraordinario formular una determinada interpretación de normas de derecho común como las del art. 30 de la LCT, pero también puntualizó que el excepcionalísimo supuesto de la arbitrariedad autoriza a que el Tribunal revise decisiones de los jueces de la causa en tal tipo de materias pues su intervención en estos casos no tiene como objeto sustituirlos en temas que les son privativos sino que se circunscribe a descalificar aquellas sentencias que, por la extrema gravedad de sus desaciertos u omisiones, no pueden adquirir validez jurisdiccional (Fallos: 324:3421, entre muchos otros).

4°) Que, en efecto, el fallo en crisis no refleja una adecuada ponderación del rol que cumplen las obras sociales en su carácter de agentes naturales del Sistema Nacional del Seguro de Salud.

Los preceptos legales que regulan ese desempeño, y que fueron oportunamente invocados por la OSSEG como fundamento de su argumentación defensiva (cfr. fs. 399/404 y 822), son muy claros al establecer: 1) que el cometido prioritario de las obras sociales es administrar los recursos económicos con los que cuentan de modo tal que una parte sustancial de ellos sea destinada a garantizar a sus beneficiarios la prestación de los servicios de atención de la salud previstos en el seguro, 2) que para dar tal cobertura las obras sociales no necesitan asumir la actividad de prestación sino que pueden celebrar contratos de prestadores de servicios de atención de la salud, 3) que incumbe al organismo estatal encargado de la conducción y supervisión del sistema tanto regular las modalidades de contratación como llevar un registro de prestadores, siendo la

inscripción en dicho registro requisito indispensable para que éstos puedan contratar con los agentes del seguro y 4) que dentro del sistema del seguro de salud las obras sociales asumen, además, el rol de prestadoras, y deben por ende inscribirse en el registro respectivo, sólo cuando poseen establecimientos asistenciales (cfr. arts. 3°, 4°, 5° y concordantes de la ley 23.660 y 2°, 7°, 9°, 13, 27, 29 y concordantes de la ley 23.661).

Fue así como la OSSEG, actuando en el rol de mera administradora de sus recursos, celebró con una prestadora inscripta, SADEN S.A., el contrato en virtud del cual esta última se comprometió a brindarle a los beneficiarios de la obra social contratante servicios de asistencia odontológica (cfr. fs. 145, 395/399, 558 y 801).

5°) Que, a la luz de lo expresado en el considerando precedente, es evidente que el a quo incurrió en un inaceptable dogmatismo al afirmar que la prestación de servicios de asistencia odontológica era una actividad propia de la obra social recurrente que fue delegada en la restante codemandada, y que, por tal motivo, se verificaban en el sub lite los presupuestos fácticos que —según la interpretación que hizo la cámara del art. 30 de la LCT— dan lugar a la imputación de responsabilidad solidaria.

6°) Que no es ocioso recordar que la prioritaria aplicación de los recursos económicos de las obras sociales a garantizar la prestación de servicios de asistencia médica es una condición indispensable para que éstas puedan cumplir adecuadamente con su función de agentes naturales de un sistema de seguro cuyo objetivo fundamental es proveer el otorgamiento de prestaciones tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad posible (cfr. art. 2° de la ley 23.661). Y que el logro del mencionado objetivo puede ser puesto en jaque si aquellos recursos resultan afectados por decisiones judiciales que, como la aquí apelada, incurren en una arbitraria atribución de responsabilidad solidaria por obligaciones laborales ajenas.

7°) Que, por las razones expuestas, el fallo apelado no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa, por lo que corresponde descalificarlo con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que las cuestiones planteadas en este caso resultan sustancialmente análogas a las resueltas por el Tribunal en Fallos: 330:2452, disidencia del juez Lorenzetti, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir, en lo pertinente, en razón de brevedad.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS SANTIAGO FAYT

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a esta queja, no cumple con el requisito de fundamentación autónoma.

Por ello, se desestima la queja. Hágase saber y, oportunamente, archívese.

CARLOS S. FAYT.

Recurso de hecho interpuesto por la **Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda (OSSEG)**, demandada en autos, representada por el doctor **Carlos Alberto Miodownik Vera**, en calidad de apoderado, con el patrocinio del doctor **Gustavo Alberto Bossert**.

Tribunal de origen: **Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 64**.

KURAY, DAVID LIONEL s/ RECURSO EXTRAORDINARIO

TASA DE JUSTICIA

Cabe descalificar la sentencia del Superior Tribunal provincial que declaró inadmisibile el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el actor por no haberse efectuado el depósito que exige el art. 286 del código procesal civil y comercial local, dado que la conjunción de las reglas constitucionales en materia de defensa en juicio y de las que tutelan la persona del trabajador, arroja como resultado que el beneficio de gratuidad abarque todas las etapas e instancias administrativas y judiciales establecidas en los ordenamientos adjetivos pertinentes, comprendiendo la promoción de acciones y la utilización de los canales recursivos aptos para obtener una decisión del organismo que, de conformidad con las normas organizativas del sistema judicial de que se trate, esté en condiciones de emitir la última palabra sobre los puntos discutidos para, eventualmente, si existiesen planteos de carácter federal, suscitar la intervención final de la Corte.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La efectiva vigencia del principio constitucional que otorga una tutela preferencial a quienes trabajan en relación de dependencia requiere que la protección legal que la Constitución Nacional encomienda al Congreso no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos

y garantías sino que, además, asegure a los trabajadores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las diversas instancias administrativas o judiciales establecidas con tal fin, por lo que el acceso a dichas vías no puede quedar condicionado al pago de tasas, depósitos u otras cargas de índole pecuniaria.

DERECHO DE GRATUIDAD

La gratuidad de los procedimientos administrativos y judiciales configura una prerrogativa reconocida al trabajador dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de trabajo con prescindencia de la naturaleza -laboral o no- de las normas en que funde su pretensión o del carril procesal mediante el cual se tramiten las actuaciones pertinentes.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones, por mayoría, desestimó el recurso local de inaplicabilidad de ley interpuesto por el actor, con fundamento en que no se efectuó el depósito que exigen los artículos 286, párrafo tercero, y 289, inc. 3°, del Código Procesal Civil y Comercial provincial (v. fs. 33/35, 57/58, 67/85 y 99/103).

Si bien el tribunal reconoció que se trata de una acción promovida por el trabajador como consecuencia de un accidente laboral, consideró que, al haberse sometido voluntariamente a la ley de rito y al haber fundado el reclamo en los artículos 1.109 y 1.113 del Código Civil, resultaba exigible el cumplimiento de la carga impuesta por el artículo 286 del ordenamiento adjetivo. Ello es así, por cuanto no se comprobó ninguno de los supuestos de excepción previstos en el último párrafo del artículo 286 ya citado.

Contra dicho pronunciamiento el actor interpuso recurso federal, que fue concedido (v. fs. 129/147 y 158/160).

-II-

En resumen, el apelante alega que la sentencia configura un caso de denegación de justicia y de acceso a la jurisdicción, al exigir al operario minusválido el depósito previo. Imputa arbitrariedad e invoca los artículos 5, 14, 14 bis, 17 a 19, 28, 31, 33 y 75, inciso 22, de la Carta Magna, entre otras normas (vgr. artículos 8 y 25, CADH). Dice que el fallo confiere valor de cosa juzgada al írrito acuerdo transaccional firmado en oposición a los artículos 1º, 15, 260, 277 y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo. Hace hincapié en que el juez de la causa, sin perjuicio de tramitar el proceso con arreglo al procedimiento civil, aplicó el principio de gratuidad, al no requerir la tasa de justicia ni el beneficio de litigar sin gastos (artículo 20, L.C.T. y ceds.); y en que, si bien se demandó el resarcimiento del infortunio laboral sobre la base del derecho común, ello fue así previo objetar la constitucionalidad del artículo 39, punto 1, de la Ley de Riesgos del Trabajo.

-III-

Las cuestiones materia de recurso en las presentes actuaciones guardan sustancial analogía con las estudiadas por el Alto Tribunal en el precedente de Fallos: 333:1765, a cuyos términos y consideraciones cabe remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Se resaltó en esa ocasión el injustificado rigor formal trasuntado por la resolución del *a quo*, contrario a la garantía de la defensa en juicio y al derecho a una apropiada y razonable tutela judicial, así como el desconocimiento -en esa misma línea- del beneficio de gratuidad previsto por el artículo 20 de la ley 20.744, verdadero pilar del derecho del trabajo, dirigido a corregir el desnivel económico para afrontar los litigios (v. ítem III del dictamen de la Procuración General al que remitió el fallo de esa Corte).

Cabe agregar que, como lo destacó el juez que intervino en primer término en oportunidad de conceder la apelación federal (fs. 158vta.), en la causa se han planteado cuestiones federales e invocado disposiciones constitucionales, comenzando por la propia invalidez del artículo 286 del Código Procesal local (fs. 12vta., 44, 68vta., ítem 3; y 84vta.).

En esas circunstancias es que se exige a los tribunales superiores provinciales que se expidan sobre los puntos federales que resultarían comprendidos en el recurso extraordinario. La observancia de dicha carga no puede excusarse ni siquiera sobre la base de restricciones impuestas por su propia jurisprudencia, sus constituciones o las leyes locales (Fallos: 308:490; 311:2478; entre otros).

-IV-

En función de ello, entiendo que corresponde dejar sin efecto la sentencia apelada y restituir la causa al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Buenos Aires, 11 de febrero de 2014. *Marcelo A. Sachetta*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 30 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Kuray, David Lionel s/ recurso extraordinario”.

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el actor por no haberse efectuado el depósito que exige el art. 286 del código procesal civil y comercial local.

Para concluir de ese modo el a quo tomó en consideración que el remedio mencionado había sido articulado en un trámite incidental (planteo de nulidad de un acuerdo conciliatorio extrajudicial y de la resolución homologatoria dictada por el juzgado de origen), promovido en el marco de un reclamo de indemnización por accidente de trabajo que, previa impugnación constitucional de algunas disposiciones de la ley 24.557, se fundó en las normas del Código Civil y se encauzó de conformidad con el procedimiento civil y comercial provincial. De ahí que –sostuvo– el demandante no se encontraba eximido de satisfacer las cargas económicas del proceso ni de cumplir con el requisito del depósito previo establecido en el citado art. 286 del código de rito.

2º) Que contra tal pronunciamiento el actor dedujo el recurso extraordinario federal de fs. 113/125 en el que sostiene que la exigencia de un depósito previo como recaudo inexcusable para habilitar la competencia apelada del a quo prescinde de las normas que establecen el beneficio de gratuidad a favor de los trabajadores que reclaman el reconocimiento de derechos nacidos de sus relaciones laborales y viola

el principio de acceso a la jurisdicción y el derecho al recurso judicial. La apelación fue concedida a fs. 158/160.

3°) Que en el caso se configura cuestión federal que habilita la consideración de los agravios por la vía intentada pues el a quo ha rehusado intervenir como máxima instancia revisora provincial al otorgar a disposiciones adjetivas locales un alcance que provoca un directo menoscabo al derecho a la tutela judicial efectiva y a la garantía de defensa, consagrados por normas de rango superior (art. 18 de la Constitución Nacional; arts. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y arts. 2, inc. 3.a. y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) cuya plena operatividad debió ser particularmente asegurada en razón de que el reclamante, dada su condición de trabajador, es sujeto de preferente tutela constitucional (doctrina de los precedentes “Vizzoti” y “Aquino”, Fallos: 327:3677 y 3753, entre varios).

En las condiciones expresadas el pronunciamiento atacado resulta equiparable a sentencia definitiva en la medida que es susceptible de ocasionar un gravamen de imposible reparación ulterior.

4°) Que la efectiva vigencia del principio constitucional que otorga una tutela preferencial a quienes trabajan en relación de dependencia requiere que la protección legal que la Constitución Nacional encomienda al Congreso no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que, además, asegure a los trabajadores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las diversas instancias administrativas o judiciales establecidas con tal fin. Se sigue de ello una primera conclusión: el acceso a dichas vías no puede quedar condicionado al pago de tasas, depósitos u otras cargas de índole pecuniaria.

5°) Que diversos ordenamientos jurídicos nacionales y provinciales han materializado la referida garantía mediante la regulación, con carácter general, del instituto del beneficio de gratuidad de los procedimientos administrativos y judiciales para los trabajadores y sus derechohabientes (pueden citarse a modo de ejemplo, entre otros, los arts. 39, inc. 3° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 20 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe; 20 de la ley 20.744 y 13, inc. e, de la ley 23.898). Incluso, la propia Constitución de la Provincia de Misiones, a la que el a quo debió ceñirse como guardián supremo de

sus normas, contiene una manda precisa al respecto al disponer, en su art. 36, que “tanto las organizaciones gremiales como los trabajadores gozarán de gratuidad en las tramitaciones ante la justicia laboral y organismos administrativos”.

6°) Que, con arreglo a las pautas constitucionales y legales referenciadas, cabe afirmar que la gratuidad de los procedimientos administrativos y judiciales configura una prerrogativa reconocida al trabajador dada *su condición* de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en *la relación de trabajo* con prescindencia de la naturaleza —laboral o no— de las normas en que funde su pretensión o del carril procesal mediante el cual se tramiten las actuaciones pertinentes. Así, el beneficio de gratuidad a favor del trabajador y de sus derechohabientes permite la más acabada concreción, en el ámbito de las reclamaciones con sustrato netamente laboral, de la tutela judicial efectiva que los ya aludidos dispositivos internacionales (citados en el considerando 3°) tipifican como un derecho fundamental en sí mismo y, a la vez, garantía de los restantes derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona.

7°) Que es pertinente señalar, además, que la conjunción de las reglas constitucionales en materia de defensa en juicio y de las que tutelan la persona del trabajador, arroja como resultado que el beneficio de gratuidad abarque todas las etapas e instancias administrativas y judiciales establecidas en los ordenamientos adjetivos pertinentes. Comprende, por lo tanto, la promoción de acciones y la utilización de los canales recursivos aptos para obtener una decisión del organismo que, de conformidad con las normas organizativas del sistema judicial de que se trate, esté en condiciones de emitir la última palabra sobre los puntos discutidos para, eventualmente, si existiesen planteos de carácter federal, suscitar la intervención final de esta Corte. Máxime cuando, tal como lo ha señalado el Tribunal en el señero precedente Di Mascio (Fallos: 311:2478), no resulta admisible que, por limitaciones de orden local, en un caso que involucra una cuestión federal, no se habilite la competencia del órgano judicial máximo de la provincia y sí, en cambio, la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En virtud de lo expuesto, corresponde admitir la apelación y descalificar la sentencia recurrida ya que media en el caso relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*según su voto*)— CARLOS S. FAYT —
JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

VOTO CONCURRENTE DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA
ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

1º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el actor por no haberse efectuado el depósito que exige el art. 286 del código procesal civil y comercial local.

Para concluir de ese modo el a quo tomó en consideración que el remedio mencionado había sido articulado en un trámite incidental (planteo de nulidad de un acuerdo conciliatorio extrajudicial y de la resolución homologatoria dictada por el juzgado de origen), promovido en el marco de un reclamo de indemnización por accidente de trabajo que, previa impugnación constitucional de algunas disposiciones de la ley 24.557, se fundó en las normas del Código Civil y se encauzó de conformidad con el procedimiento civil y comercial provincial. De ahí que –sostuvo– el demandante no se encontraba eximido de satisfacer las cargas económicas del proceso ni de cumplir con el requisito del depósito previo establecido en el citado art. 286 del código de rito.

2º) Que contra tal pronunciamiento el actor dedujo el recurso extraordinario federal de fs. 113/125 en el que sostiene que la exigencia de un depósito previo como recaudo inexcusable para habilitar la competencia apelada del a quo prescinde de las normas que establecen el beneficio de gratuidad a favor de los trabajadores que reclaman el reconocimiento de derechos nacidos de sus relaciones laborales y viola

el principio de acceso a la jurisdicción y el derecho al recurso judicial. La apelación fue concedida a fs. 158/160.

3°) Que en el caso se configura cuestión federal que habilita la consideración de los agravios por la vía intentada pues el a quo ha rehusado intervenir como máxima instancia revisora provincial al otorgar a disposiciones adjetivas locales un alcance que provoca un directo menoscabo al derecho a la tutela judicial efectiva y a la garantía de defensa, consagrados por normas de rango superior (art. 18 de la Constitución Nacional; arts. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y arts. 2, inc. 3.a. y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) cuya plena operatividad debió ser particularmente asegurada en razón de que el reclamante, dada su condición de trabajador, es sujeto de preferente tutela constitucional (doctrina de los precedentes “Vizzoti” y “Aquino”; Fallos: 327:3677 y 3753, entre varios).

En las condiciones expresadas el pronunciamiento atacado resulta equiparable a sentencia definitiva en la medida que es susceptible de ocasionar un gravamen de imposible reparación ulterior.

4°) Que la efectiva vigencia del principio constitucional que otorga una tutela preferencial a quienes trabajan en relación de dependencia requiere que la protección legal que la Constitución Nacional encomienda al Congreso no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que, además, asegure a los trabajadores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las diversas instancias administrativas o judiciales establecidas con tal fin. Se sigue de ello una primera conclusión: el acceso a dichas vías no puede quedar condicionado al pago de tasas, depósitos u otras cargas de índole pecuniaria.

5°) Que cabe afirmar que la gratuidad de los procedimientos administrativos y judiciales configura una prerrogativa reconocida al trabajador dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de trabajo con prescindencia de la naturaleza —laboral o no— de las normas en que funde su pretensión o del carril procesal mediante el cual se tramiten las actuaciones pertinentes. Así, el beneficio de gratuidad a favor del trabajador y de sus derechohabientes permite la más acabada concreción, en el ámbito de las reclamaciones con sustrato netamente laboral, de la tutela judicial efectiva que los ya aludidos dispositivos internacionales tipifican como

un derecho fundamental en sí mismo y, a la vez, garantía de los restantes derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona.

6°) Que es pertinente señalar, además, que la conjunción de las reglas constitucionales en materia de defensa en juicio y de las que tutelan la persona del trabajador, arroja como resultado que el beneficio de gratuidad abarque todas las etapas e instancias administrativas y judiciales establecidas en los ordenamientos adjetivos pertinentes. Comprende, por lo tanto, la promoción de acciones y la utilización de los canales recursivos aptos para obtener una decisión del organismo que, de conformidad con las normas organizativas del sistema judicial de que se trate, esté en condiciones de emitir la última palabra sobre los puntos discutidos para, eventualmente, si existiesen planteos de carácter federal, suscitar la intervención final de esta Corte. Máxime cuando, tal como lo ha señalado el Tribunal en el señero precedente *Di Mascio* (Fallos: 311:2478), no resulta admisible que, por limitaciones de orden local, en un caso que involucra una cuestión federal, no se habilite la competencia del órgano judicial máximo de la provincia y si, en cambio, la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En virtud de lo expuesto, corresponde admitir la apelación y descalificar la sentencia recurrida ya que media en el caso relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso extraordinario interpuesto por el apoderado del actor, **Dr. Marcelo Nicolás Venialgo**, con el patrocinio del **Dr. H. Alejandro Jabornicky**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones**.

Tribunales intervinientes con anterioridad: **Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral n° 2 de la 3ª. Circunscripción Judicial de Misiones y Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, de la misma circunscripción**.

VILLARREAL, MARIO JESUS c/ PEN-PLN Y MAXIMA AFJP
s/ AMPARO

APORTES PREVISIONALES

Cabe declarar la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 26.425 -transferencia al ANSES de los importes ingresados al régimen de capitalización bajo la figura de “imposiciones voluntarias” y/o “depósitos convenidos”- y dejar sin efecto al sentencia que había rechazado la acción de amparo interpuesta por el actor con el objeto de que no se disponga de sus aportes voluntarios, pues aquél ha sido privado de los mismos sin que exista ningún tipo de justificación estatal para hacerlo, afectándose el carácter integral e irrenunciable de la jubilación reconocido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, enriqueciéndose el Estado Nacional con tales fondos a costa del accionante sin causa legal, violando por esa vía el mandato constitucional del artículo 19 según el cual ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley.

REGIMEN DE CAPITALIZACION INDIVIDUAL

Al sancionar la ley 26.425 -destino de los fondos ingresados al régimen de capitalización- el legislador no previó que los aportes efectuados en forma voluntaria por el afiliado pasarían a integrar los fondos que administra la ANSeS sin surtir ningún efecto respecto del beneficio que debía percibir el aportante al jubilarse, sino que, por el contrario, asignó al Poder Ejecutivo la tarea específica de reglamentar la forma en que los fondos voluntarios iban a mejorar el haber previsional de los aportantes o, alternativamente, ser transferidos a una AFJP reconvertida, por lo que en el marco de tal mandato era razonablemente imposible concluir que las sumas aportadas quedarían en forma definitiva en poder del Estado.

APORTES PREVISIONALES

La procedencia de la acción de amparo -por omisión de autoridad pública -interpuesta por el actor con el objeto de que no se disponga de sus aportes voluntarios ingresados al régimen de capitalización individual, resulta de la falta de implementación ante la existencia de un mandato legislativo expreso, que constituye una ilegalidad manifiesta que lesiona en forma actual -y por los últimos seis años, desde que la ley 26.425 fue promulgada- los derechos constitucionales del actor,

máxime si se considera el carácter netamente alimentario del objeto de este litigio, que afecta a uno de los grupos vulnerables definidos por nuestra Constitución como sujetos de preferente protección por los poderes constituidos (art. 75 inc. 23).

APORTES PREVISIONALES

Cabe confirmar la sentencia que rechazó la acción de amparo interpuesta por el actor con el objeto de que no se disponga de los aportes voluntarios ingresados al régimen de capitalización individual, pues que el nuevo régimen instaurado por la ley 26.425 no cercenó derecho alguno, y la pretensión de asimilar el derecho del afiliado sobre los aportes voluntarios al del titular de una cuenta de ahorro bancario, para derivar de ahí un derecho a la libre disposición de los mismos no sólo no surge de la ley 24.241, sino que se aparta de los propósitos que explican la existencia de los derechos previsionales y, en consecuencia, de todo régimen previsional, incluso el régimen de capitalización.

-Disidencia de la juez Elena I. Highton de Nolasco.- Del dictamen de la Procuración General al que se remite.

APORTES PREVISIONALES

Cabe confirmar la sentencia que rechazó la acción de amparo interpuesta por el actor con el objeto de que no se disponga de los aportes voluntarios ingresados al régimen de capitalización individual, pues los llamados “fondos de libre disponibilidad” bajo la ley 24.241 no estaban vinculados con el carácter voluntario del aporte, sino que el beneficiario accedía a esa prerrogativa excepcional cuando el total de su cuenta de capitalización-compuesto por aportes obligatorios y voluntarios- excedía el monto necesario para la obtención de una prestación previsional que la ley consideraba suficiente para la subsistencia digna, y el actor, por su parte, no se encontraba en condiciones de acceder a esa prerrogativa excepcional en tanto que el total de su cuenta de capitalización no era suficiente para acceder a un beneficio previsional mínimo, lo que generó su traspaso al régimen de reparto en el marco del artículo 3 de la ley 26.222.

-Disidencia de la juez Elena I. Highton de Nolasco.- Del dictamen de la Procuración General al que se remite.

APORTES PREVISIONALES

El planteo de inconstitucionalidad de la ley 26.425 -transferencia al ANSES de los importes ingresados al régimen de capitalización bajo la figura de “imposiciones voluntarias” y/o “depósitos convenidos”- es improcedente, pues la adopción del nuevo régimen no cercenó derecho de propiedad alguno, y los aportes voluntarios realizados bajo el régimen de capitalización del SIJP no eran depósitos sobre los que recayera un derecho de esa naturaleza, sino que constituían un dispositivo que generaba una expectativa a una mejora en su derecho o haber previsional, que el régimen de la ley 26.425 mantuvo intacta (artículo 6 de la 26.425 y artículos 1, 2 y 3 de la resolución A.N.Se.S. 290/09).

-Disidencia de la juez Elena I. Highton de Nolasco.- Del dictamen de la Procuración General al que se remite-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A través de la presente acción, el actor solicitó la restitución de los importes depositados en su cuenta de capitalización individual en Máxima AFJP en concepto de aportes voluntarios y su renta. A esos fines, peticionó que se declare la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la ley 26.425 y sus decretos reglamentarios por ser violatorios del derecho de propiedad y libre elección garantizados por los artículos 17 y 19 de la Constitución Nacional (fs. 24-36).

La sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, rechazó la acción de amparo interpuesta (fs. 130-133 y 145-147).

Para así decidir, la cámara indicó que la ley 26.425 y la resolución A.N.Se.S. 290/09 (del 23 de octubre de 2009) regularon el procedimiento de opción en relación con las imposiciones voluntarias ingresadas a las cuentas de capitalización individual. Destacó que la normativa prevé la posibilidad de solicitar la liquidación de una prestación adicional u optar por la transferencia de los activos a una AFJP que haya reconvertido su objeto para tal fin (artículos 1° y 2° resolución A.N.Se.S. 290/09).

A partir de ello, concluyó que no existió lesión a los derechos invocados, ya que la disponibilidad de los fondos correspondientes a

imposiciones voluntarias se encontraba sujeta a las condiciones establecidas por el plexo legal aplicable, sin que hubiere sido prevista la devolución en efectivo en las condiciones que pretende el actor.

-II-

Contra dicho pronunciamiento, el actor dedujo recurso extraordinario, que la cámara, a su turno, concedió (fs. 150-162 y 184). En síntesis, el recurrente objeta la aplicación de la ley 26.425 bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional.

En particular, sostiene que la aplicación del régimen de la ley 26.425 viola su derecho a la propiedad en cuanto le impide la libre disposición del capital acumulado en concepto de aportes voluntarios. A ese respecto, alega que la norma citada ha importado una confiscación de las imposiciones que en forma voluntaria depositó en una cuenta de capitalización individual en Máxima AFJP. Aduce tener un derecho de propiedad sobre esas imposiciones, que lo habilita a retirar la suma reclamada en efectivo. Sostiene que la promulgación de la ley 26.425 viola el principio de irretroactividad de las leyes y afecta los derechos que el recurrente había adquirido en el marco de la ley 24.241. Asimismo, afirma que la sanción de la nueva normativa vulnera el principio de progresividad, que prohíbe las medidas regresivas en materia de derechos económicos, sociales y políticos.

-III-

El recurso extraordinario es formalmente procedente, en tanto se cuestiona la validez de la ley 26.425 bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional y la decisión del superior tribunal de la causa fue favorable a la norma impugnada (Fallos: 304:684, entre muchos otros).

-IV-

En el presente caso no se encuentra controvertido que, en el año 1998, el actor optó a los fines previsionales por el régimen de capitalización creado por la ley 24.241 y realizó aportes obligatorios y voluntarios a la administradora de fondos de jubilación Máxima AFJP (fs. 15 y 25 vta.). Años después, sus aportes obligatorios fueron transferidos, en los términos de la ley 26.222, al régimen previsional público en tanto eran insuficientes para la obtención de un beneficio previsional acorde a un adecuado nivel de subsistencia en el régimen

de capitalización (fs. 6-7). Finalmente, el 21 de septiembre de 2007 la A.N.Se.S le acordó un haber jubilatorio (resolución RLI-H 13.408 del 21 de septiembre de 2007, fs. 17-8).

El 9 de diciembre de 2008 entró en vigencia la ley 26.425, que dispuso la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones, y Pensiones en un único régimen previsional público, denominado Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) y eliminó el régimen de capitalización.

Para entonces, el saldo de los aportes voluntarios realizados por el actor en Máxima AFJP ascendía a \$ 6.697,10 (fs. 44 y 127).

A través de la presente acción, el actor peticiona la devolución de esos aportes. Aduce que tiene un derecho de propiedad sobre los mismos que le permite disponer libremente de ellos, y que la ley 26.425 es inconstitucional porque cercenó ese derecho.

En este contexto, la decisión del caso requiere analizar qué derechos generaba en el actor la realización de aportes voluntarios durante la vigencia de la ley 24.241 y si ellos fueron respetados por el régimen de la ley 26.425. Más precisamente, si la ley 24.241 le otorgaba al actor un derecho a retirar los fondos depositados en concepto de imposiciones voluntarias y, en su caso, si ello es resguardado por el régimen de la ley 26.425.

-V-

El régimen de capitalización creado por la ley 24.241 preveía el deber de los afiliados de realizar imposiciones obligatorias (artículo 55) y el derecho de efectuar aportes voluntarios así como depósitos convenidos (artículos 56 y 57). En particular, la realización de aportes voluntarios generaba en el afiliado una expectativa a un incremento en su haber previsional o a una jubilación anticipada (artículo 56).

Por el contrario, el régimen previsto por la ley 24.241 no le otorgaba al afiliado un derecho a retirar los aportes voluntarios de su cuenta de capitalización.

La finalidad de los aportes voluntarios, al igual que la de los obligatorios, era cubrir las contingencias sociales que explican la existencia de los derechos previsionales (artículos 1, 55, 56 y 57, ley 24.241). En particular, a través de los aportes voluntarios, los afiliados podían incrementar su haber previsional o, en otras palabras, ampliar la cobertura de esas contingencias sociales.

La pretensión de asimilar el derecho del afiliado sobre los aportes voluntarios al del titular de una cuenta de ahorro banca-

rio, para derivar de ahí un derecho a la libre disposición de los mismos no sólo no surge de la ley 24.241, sino que se aparta de los propósitos que explican la existencia de los derechos previsionales y, en consecuencia, de todo régimen previsional, incluso el régimen de capitalización.

La distinta naturaleza entre el derecho de propiedad y el derecho previsional explica la diferencia en términos de disponibilidad. Tal como han sido tradicionalmente concebidos en nuestro país, los derechos previsionales otorgan a los beneficiarios, en virtud de las contribuciones realizadas durante su vida activa, una expectativa de que frente a una contingencia -vejez, fallecimiento o invalidez- percibirán un haber que asegure su subsistencia digna. Por ello, la disponibilidad de los individuos sobre sus aportes previsionales no puede desentenderse de la consecución de los propósitos de cobertura (cf. artículos 1 y 82, *in fine*, ley 24.241). De hecho, el artículo 82 *in fine* de la ley 24.241 disponía expresamente que el patrimonio del fondo de jubilaciones y pensiones estaba sólo destinado a generar las prestaciones previsionales dispuestas por esa ley.

Excepcionalmente y en forma independiente del carácter voluntario u obligatorio del aporte, la ley 24.241 permitía que al momento de jubilarse los afiliados retiren fondos excedentes, cuando el propósito de cobertura se encontraba satisfecho. El artículo 101, inciso c, afirmaba el principio general según el cual para determinar el importe de la renta vitalicia previsional se utilizaba la totalidad del saldo de la cuenta de capitalización, que estaba compuesta por aportes obligatorios y voluntarios. Luego, como excepción, disponía que el afiliado podía optar por contratar una prestación menor -aunque nunca inferior al setenta por ciento de la respectiva base jubilatoria ni al importe equivalente a tres veces la máxima prestación básica universal- y disponer libremente del saldo excedente que quedare en la cuenta (cf., en igual sentido, artículo 102, inciso c).

Esa facultad que preveía la ley 24.241 no tiene impacto, sin embargo, en la solución del caso del recurrente. En efecto, los llamados “fondos de libre disponibilidad” bajo la ley 24.241 no estaban vinculados con el carácter voluntario del aporte. Por el contrario, el beneficiario accedía a esa prerrogativa excepcional cuando el total de su cuenta de capitalización -compuesto por aportes obligatorios y voluntarios- excedía el monto necesario para la obtención de una prestación previsional que la ley consideraba suficiente para la subsistencia digna. El actor, por su parte, no se encontraba en condiciones de acceder a esa prerrogativa excepcional en tanto que el total de su cuenta de capitalización

no era suficiente para acceder a un beneficio previsional mínimo, lo que generó su traspaso al régimen de reparto en el marco del artículo 3 de la ley 26.222 (fs. 6-7).

-VI-

En el *sub lite*, el actor ya había obtenido su haber jubilatorio al momento de la sanción de la ley 26.425, por lo que su planteo no versa sobre la posibilidad de anticipar la fecha de la percepción del haber jubilatorio en los términos del artículo 56 y 110 de la ley 24.241.

En tal contexto, el análisis ha de limitarse a si el régimen de la ley 26.425, que creó el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) resguardó debidamente la expectativa de incrementar el haber previsional que generó la ley 24.241 en los afiliados al régimen de capitalización que hubieran realizado aportes voluntarios.

Precisamente, a los efectos de asegurar que la reforma no generara perjuicio para los afiliados al régimen de capitalización, la ley 26.425 consagró una “cláusula de garantía”, por medio de la cual se asegura “a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización la percepción de iguales o mejores prestaciones y beneficios que los que gozan a la fecha de la entrada en ‘vigencia de la presente ley’” (artículo 2 de la ley 26.425).

En particular, en lo que respecta a los aportes voluntarios, la ley 26.425 previó un mecanismo para neutralizar un posible perjuicio derivado de la transición de un régimen al otro. En efecto, mientras que los aportes obligatorios fueron transferidos a la A.N.Se.S. para financiar el sistema general bajo la premisa de la solidaridad inter-generacional (artículos 7, 8, 9 y 10 de la ley 26.425), los aportes voluntarios fueron destinados a incrementar exclusivamente el haber previsional de quien los efectuó (artículos 6 de la 26.425 y 1, 2 y 3 de la resolución A.N.Se.S. 290/09).

El artículo 6 de la ley 26.425 -que fue reglamentado a través de las resoluciones A.N.Se.S 29/09, 134/09 y 184/10- consagra el derecho de los afiliados que hubieran realizado aportes voluntarios a transferir esos fondos a la A.N.Se.S para mejorar su haber previsional o bien a transferirlos a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, que haya modificado su objeto social para ese fin. A través de los artículos 9 y 10 de la resolución 29/09 se reglamentaron los pormenores necesarios para hacer operativo el derecho de los afiliados a un incremento en el haber previsional cuando opten por su gestión estatal.

De este modo, el régimen de la ley 26.425 mantuvo intacta la expectativa del afiliado a un incremento en su haber previsional, ajustándola a la gestión estatal exclusiva de los haberes de retiro que caracteriza al SIPA, y respetando incluso la posible pretensión de que la gestión de esos aportes adicionales recaiga en manos de una administradora privada.

En conclusión, el planteo de inconstitucionalidad de la ley 26.425 articulado es improcedente. La adopción del nuevo régimen no cercenó derecho de propiedad alguno. Los aportes voluntarios realizados bajo el régimen de capitalización del SIJP no eran depósitos sobre los que recayera un derecho de esa naturaleza. Antes bien, constituían un dispositivo que generaba una expectativa a una mejora en su derecho o haber previsional, que el régimen de la ley 26.425 mantuvo intacta (artículo 6 de la 26.425 y artículos 1, 2 y 3 de la resolución A.N.Se.S. 290/09).

-VII-

Si bien lo hasta aquí expuesto es suficiente para desestimar el recurso del actor, creo sin embargo importante agregar una observación más general sobre el sentido y el alcance de la reforma introducida por la ley 26.425 al régimen anterior. La razón reside en el hecho de que planteos como el del actor en este proceso hacen pie en la retórica individualista que acompañó la adopción de la ley 24.241 y que removió la adopción del régimen actual. El cambio de ideario que efectivamente introdujo la ley 26.425 empero no cambió la naturaleza previsional de los derechos regulados por el sistema legal anterior. Inferir en general a partir de aquella retórica individualista que bajo la ley 24.241 los beneficiarios del régimen de capitalización tenían un derecho de propiedad sobre sus aportes previsionales semejante al de un ahorrista sobre sus depósitos en una caja de ahorro bancaria presupone un error de interpretación que creo importante disipar aquí.

El sistema previsional en el que el actor funda su derecho fue el adoptado en 1993, mediante la ley 24.241, siguiendo el modelo entonces promovido por el Banco Mundial, y defendido principalmente sobre la base de los objetivos de reducir el déficit fiscal, promover el ahorro interno y expandir el mercado de capitales (cf. World Bank, *Averting, the Old Age Crisis: Policies to Protect the Old and Promote Growth*, Oxford University Press, 1994; también, por ejemplo, Carmelo Mesa Lago, "Evaluación de un cuarto de siglo de las reformas estructurales de pensiones en América Latina", Revista de la CE-

PAL, vol. 84 [2004], págs. 59-82; Camila Arza, "The Limits of Pension Privatization: Lessons from Argentine Experience", *World Development*, vol. 36 [2008], págs. 2696-2712).

Muy sintéticamente, el sistema previsional que estableció la ley 24.241 -que fue denominado Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, o SIJP- centró la atención en el aporte individual de cada trabajador, condicionando la determinación de su haber futuro al conjunto de sus aportes efectivos y al resultado financiero de la inversión que con ellos hiciera la administradora de fondos de jubilación y pensión (AFJP) -prácticamente todas instituciones privadas-.

Junto a este régimen de capitalización, la ley conservó un régimen "de reparto", de financiamiento y gestión estatales, dirigido a asegurar un haber jubilatorio mínimo -incluso para los afiliados al régimen de capitalización- y a mantener una posibilidad de que el trabajador opte por un régimen tradicional de beneficio definido y proporcional al haber de actividad. En general, el rol del Estado quedó así reducido al de garante subsidiario del régimen previsional -aunque con un fuerte compromiso de financiamiento-.

El diseño del SIJP trasladó el riesgo previsional -por encima del haber mínimo garantizado- de la comunidad en general al trabajador particular, dejando la determinación del alcance de la prestación previsional librada a la suerte de las decisiones personales del afiliado durante su vida laboral, las decisiones financieras de la AFJP elegida y la coyuntura económica. Esa individualización del beneficio jubilatorio supuso limitar la vigencia del principio de solidaridad intra-generacional asociado al régimen anterior.

Los propósitos de bienestar que promovieron la adopción del SIJP no se vieron satisfechos durante los catorce años de su vigencia. Tampoco ese sistema logró resolver los problemas de déficit fiscal, obtener la sustentabilidad financiera del régimen previsional ni producir un impacto macroeconómico positivo. El sistema de capitalización no mejoró los niveles de cobertura. Por el contrario, niveles muy altos de informalidad en el mercado laboral, el auge de políticas de flexibilización laboral y una elevada tasa de desempleo que alcanzó el 25% en el año 2001 pusieron en jaque su viabilidad.

Asimismo, el sistema conservó cargas significativas para el sector público. Éste transfirió a las administradoras privadas de jubilación y pensión la mayor parte de los recursos de la seguridad social, pero solventó -entre otros- el pago de los haberes previsionales otorgados con anterioridad y el financiamiento de parte de las jubilaciones de los

afiliados a las AFJP. El sector público, en definitiva, derivó recursos del sistema previsional al sector privado y asumió los costos de transición. Finalmente, para afrontar los gastos, el Estado emitió títulos de deuda pública, en los que fueron inducidas las AFJP a invertir los aportes que administraban y por los que se pagaban comisiones a intermediarios.

En definitiva, todo ello trajo como consecuencia que las prestaciones jubilatorias -en el sistema de capitalización- fueran bajas, lo que hizo que el Estado derivara fondos para que el 77% de los pasivos alcancen a cubrir el monto de una jubilación mínima (cf. Cámara de Senadores de la Nación, Versión Taquigráfica, 20° Reunión - 18° Sesión ordinaria - 20 de noviembre de 2008, exposición del Senador Miranda, miembro informante del dictamen de la mayoría en el debate de la ley 26.425, p. 6). Ello generó un sistema con un sesgo marcadamente regresivo, que frustró todas las expectativas macroeconómicas relativas al ahorro interno, reducción del déficit fiscal y desarrollo de un mercado de capitales sobre las que se había montado.

Con la promulgación de las leyes 25.994, 26.222 y los decretos 164/04 y 1454/05, entre otros, comenzó una etapa de reformas dirigidas a revertir el carácter regresivo del SIJP y a asegurar que las prestaciones previsionales llegaran a un mayor número de beneficiarios. Para ello, por un lado, se flexibilizaron los recaudos de acceso a las prestaciones de la seguridad social y, por el otro, se habilitó el traspaso de los afiliados desde el régimen de capitalización al de reparto, especialmente para los beneficiarios -entre los que se encontraba el actor- mayores de cincuenta y cinco años, cuyas cuentas de capitalización observaban saldos insuficientes para la obtención de un beneficio previsional acorde a un adecuado nivel de subsistencia.

La etapa culminó con la sanción de la ley 26.425, con la que se abandonó definitivamente el SIJP y se reguló un nuevo régimen previsional: el Sistema Integrado Previsional Argentino, o SIPA.

En líneas generales, el SIPA importó el retorno a un esquema previsional general único, de gestión exclusivamente estatal y explícitamente apoyado sobre un principio de solidaridad inter-generacional, transparentando así el hecho de que son las clases laboralmente activas las que financian con sus aportes previsionales el mantenimiento de las correspondientes clases pasivas. De esta manera fue posible incorporar cinco millones de nuevos jubilados, contemplándose la situación de las amas de casa y de las personas que por pertenecer a determinados estratos sociales tienen enorme dificultad de acceder a un empleo formal

En especial, el SIPA es un régimen solidario de reparto. Sus prestaciones son financiadas por los aportes obligatorios de los trabajadores en actividad y por los saldos de las cuentas de capitalización individual oportunamente transferidas, que conjuntamente conforman el Fondo de Garantía de Sustentabilidad (cf. artículos 1, 7 y 8 de la ley 26.425). Así, el SIPA reasignó los riesgos previsionales de modo que ya no pesara sobre las espaldas de cada trabajador individual la incertidumbre de cuál sería su propio haber jubilatorio, sino que se distribuye entre todo el universo de los beneficiarios.

En fin, además de volver a situar al Estado y al principio de solidaridad inter-generacional como ejes del régimen previsional, el SIPA dejó atrás el ideario individualista que marcaba al esquema de determinación del haber de retiro en el régimen de capitalización del SIJP, para retornar a un modelo regido por un principio de solidaridad intra-generacional, en el que los haberes jubilatorios se determinan en función del correspondiente haber de actividad y de la disponibilidad del Fondo de Garantía de Sustentabilidad.

-VIII-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia recurrida. Buenos Aires, 3 de junio de 2013. *Alejandra Magdalena Gils Carbó.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 30 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Villarreal Mario Jesús c/ PEN-PLN Y MAXIMA AFJP s/ amparo”.

Considerando:

1º) Que el actor en esta causa –jubilado en 2007- interpuso una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional, el Poder Legislativo y la Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones “Máxima AFJP” con el objeto de que no se disponga de los aportes voluntarios que “se encontraban en su Cuenta de

Capitalización Individual [en la referida administradora], que son de [su] exclusiva propiedad” (fs. 24 vta).

Solicita que se declare la inconstitucionalidad de la ley 26.425, de los decretos reglamentarios 2103/08, 2104/08, 2105/08 y de las circulares 56/08 y 58/08 de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS).

Para sustentar su planteo, afirma que los fondos aportados –y las ganancias que de ellos se derivan– son de su exclusiva propiedad. Explica que los entregó a Máxima AFJP para ser administrados de la forma en que lo disponía la ley 24.241, antes de la reforma por la ley 26.425, que creó el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).

2°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario revocó la sentencia que había hecho lugar a la demanda. Para así decidir, sostuvo que la ley 26.425 y sus normas reglamentarias reconocen los derechos de los afiliados que acreditaron en sus cuentas de capitalización aportes voluntarios para que puedan acceder a mejoras o distintas prestaciones de aquél que permaneció en el sistema de reparto o del que optó por el sistema de capitalización [sin] cotización adicional. Desde esa perspectiva, sostuvo que no advertía ningún perjuicio para el actor; agregó que la ley 24.241 no contempló ningún sistema de devolución de los aportes voluntarios (fs. 145/7).

3°) Que la parte actora interpuso recurso extraordinario, en el que sostiene que la ley 26.425 -de la forma en que ha quedado reglamentada- afecta su derecho de propiedad, en tanto le quita derechos adquiridos que quedaron consolidados por la legislación anterior; ese derecho de propiedad, precisa, surge claramente de la ley 24.241 en tanto dispone que el patrimonio compuesto por los aportes voluntarios es independiente y exclusivo del afiliado (arts. 82 y 85 de la última ley citada).

4°) Que el recurso extraordinario es admisible en tanto se encuentra en juego la interpretación de una norma federal –el artículo 6° de la ley 26.425- y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la parte recurrente funda en ella (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

5°) Que el artículo 6° de la ley 26.425 establece que “Los afiliados al régimen de capitalización que hubieran ingresado importes en sus cuentas de capitalización individual bajo la figura de «imposiciones voluntarias» y/o «depósitos convenidos» y que aún no hubieran obtenido un beneficio previsional, podrán transferirlos a la Administración Nacional de la Seguridad Social para mejorar su haber previsional conforme lo determine la reglamentación o a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, la que deberá reconvertirse, modificando su objeto social para tal finalidad.

El Poder Ejecutivo nacional dictará las normas pertinentes a esos fines”.

6°) Que con el fin de hacer operativo el art. 6° de la ley 26.425, el Poder Ejecutivo Nacional por medio de la ANSeS dictó una serie de normas generales reglamentarias. La primera de ellas fue la resolución 290/09, que establece –en cuanto al caso interesa– que “los afiliados que hubieren ingresado importes en sus cuentas de capitalización individual bajo la figura de «imposiciones voluntarias» y/o «depósitos convenidos» y que a la fecha de vigencia de la Ley N° 26.425 hubieren obtenido un beneficio previsional, podrán solicitar se les liquide una prestación adicional u optar para que los activos sean transferidos, con dicho objeto, a una ADMINISTRADORA DE FONDOS DE JUBILACIONES Y PENSIONES (AFJP) prevista en la Ley N° 24.241 que haya reconvertido su objeto social para tal fin”.

Para iniciar este trámite de reconversión, las AFJP debían manifestar su interés en el plazo de 30 días (art. 3° de la resolución 290/09); seguidamente inscribirse hasta el 19 de febrero de 2010 en el Registro Especial de Administradoras de Fondos de Aportes Voluntarios y Depósitos Convenidos (FAV y DC) creado por la resolución 134/09; ese plazo fue extendido hasta el 20 de marzo de 2010 por la resolución 16/10.

Posteriormente, el artículo 1° de la resolución 184/10 fijó en 30 días hábiles –contados a partir de la fecha de su publicación–, el plazo para que las ex AFJP que hubiesen manifestado su voluntad de inscribirse en el Registro Especial de FAV y DC, presenten la documentación adicional que les fuera requerida como condición para su aprobación e inscripción definitivas.

En la misma resolución, se estableció que los titulares de los aportes voluntarios y depósitos convenidos podrían ejercer la opción autorizada por el artículo 6° de la ley 26.425 en un plazo de 60 días corridos a computarse desde la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la nómina de las administradoras aprobadas e inscriptas en el Registro de AFAVyDC (arts. 2° y 3°).

Sin embargo, el listado de AFJP inscriptas en el registro de AFAVyDC nunca fue publicado en el Boletín Oficial, ni la ANSeS informó sobre la suerte de esas inscripciones: es por esta razón que el actor no ha podido ejercer la opción que se previó (arts. 6° de la ley 26.425 y 2° de la resolución 290/09), y que peticiona en consecuencia la devolución de sus aportes.

7°) Que de esta imposibilidad de acceder –de una u otra forma de las previstas en el art. 6°- a los fondos en cuestión se derivan dos consecuencias complementarias pero igualmente reñidas con el sistema de derechos que establece nuestra Constitución Federal.

La primera es que el actor ha sido privado de las sumas que aportó en concepto de aportes voluntarios sin que exista ningún tipo de justificación estatal para hacerlo; esta privación afecta el carácter integral e irrenunciable de la jubilación reconocido en el artículo 14 bis.

La segunda es que el Estado Nacional se ha enriquecido con esos fondos a costas del actor sin causa legal que lo justifique, y por esa vía ha violado el mandato constitucional del artículo 19 según el cual ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley.

8°) Que la ley 26.425 estableció los dos únicos destinos que podían tener los aportes voluntarios de quienes a la fecha de su vigencia hubieren obtenido un beneficio previsional de acuerdo a la resolución 290/09: podrían transferirlos a la Administración Nacional de la Seguridad Social para mejorar su haber conforme lo determinase la reglamentación, o a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones, la que debería reconvertirse, modificando su objeto social para tal finalidad.

Es incuestionable que el legislador no previó que los aportes efectuados en forma voluntaria por el afiliado pasarían a integrar los fon-

dos que administra la ANSeS sin surtir ningún efecto respecto del beneficio que debía percibir el aportante al jubilarse. Por el contrario, asignó al Poder Ejecutivo la tarea específica de reglamentar la forma en que los fondos voluntarios iban a mejorar el haber previsional de los aportantes o, alternativamente, ser transferidos a una AFJP reconvertida. En el marco de este mandato, era por lo tanto razonablemente imposible concluir, por ejemplo, que las sumas aportadas quedarían en forma definitiva en poder del Estado.

9°) Que sin embargo, eso es precisamente lo que ocurrió en el caso concreto: el actor se vio impedido de efectuar la opción prevista por no haberse cumplido con la reglamentación dispuesta. Tampoco existe ninguna constancia aportada por el Estado Nacional que acredite que, aun cuando no se implementó el sistema alternativo, los aportes voluntarios que efectuó de acuerdo a la normativa vigente en ese momento hayan -de alguna forma- mejorado su haber previsional.

10) Que si en la mejor de las hipótesis para la demandada, se considerase que el actor mantenía una mera expectativa sobre la propiedad de esos aportes voluntarios -en la medida en que podían quedar sujetos a condiciones de modo y tiempo para su percepción- ello de todos modos no habilitaba al Poder Ejecutivo a quedarse con las sumas en cuestión, y privar de ellas al actor en forma total y definitiva por esa vía de hecho.

11) Que la omisión de la autoridad pública se configura porque existe un claro mandato legislativo que ha sido desoído por un tiempo a todas luces irrazonable desde la promulgación de la ley, que ocurrió el 9 de diciembre de 2008.

12) Que para evaluar el remedio que puede reparar el daño concreto que causa la omisión referida del Poder Ejecutivo, cabe recordar en primer término que la acción de amparo prevista en el artículo 43 de la Constitución Federal ha sido diseñada como la vía expedita y rápida -siempre que no exista otro medio judicial más idóneo- contra tod[a] (...) omisión de autoridad pública (...) que en forma actual lesione, restrinja, o altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución Federal, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

13) Que la procedencia del amparo por omisión de autoridad pública resulta de la falta de implementación señalada ante la existencia de un mandato legislativo expreso, que constituye una ilegalidad manifiesta que lesiona en forma actual –y por los últimos seis años, desde que la ley 26.425 fue promulgada– los derechos constitucionales del actor; máxime si se considera el carácter netamente alimentario del objeto de este litigio, que afecta a uno de los grupos vulnerables definidos por nuestra Constitución como sujetos de preferente protección por los poderes constituidos (art. 75 inc. 23).

En este marco, la exhortación al Poder Ejecutivo para que complete el proceso reglamentario de la norma que dejó trunco tras el dictado de la resolución 184/10 de ANSeS no efectivizaría la garantía que establece el artículo 43 en la medida en que no aseguraría que cese la omisión advertida. De manera que solo resulta posible en el caso remediar la violación de los derechos particulares declarando la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 26.425 en razón de su inoperatividad atento a que la Administración omita expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (art. 99 inc. 2 de la Constitución Federal). Corresponde en consecuencia la devolución de los fondos oportunamente depositados como única manera de enmendar la situación de omisión normativa que ha causado la violación de los derechos constitucionales de la parte actora señalados en el considerando 7°.

Por ello, oída la señora Procuradora General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario federal, se declara la inconstitucionalidad del artículo 6° de la ley 26.425 y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*)— CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I.
HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

1°) Que la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, al revocar la sentencia de la instancia precedente, rechazó la acción de amparo deducida por el actor, con el objeto de que se le restituyeran los importes depositados en su cuenta de capitalización individual de Máxima A.F.J.P., en concepto de aportes voluntarios y su renta.

Para así decidir, la alzada consideró que la ley 26.425 y la resolución A.N.Se.S. 290/09 regularon un procedimiento de opción con respecto a las imposiciones voluntarias ingresadas a las cuentas de capitalización individual. Esta normativa prevé la posibilidad de solicitar la liquidación de una prestación adicional u optar por la transferencia de los activos a una A.F.J.P. que haya reconvertido su objeto para tal fin. En virtud de lo expuesto, concluyó que no existía lesión a los derechos invocados por el accionante y rechazó la declaración de inconstitucionalidad solicitada.

2°) Que contra este pronunciamiento, el actor interpuso el recurso extraordinario de fs. 150/162, que fue contestado (fs. 166/182) y concedido por el a quo (fs. 184).

El recurrente sostiene que la aplicación del régimen de la ley 26.425 viola su derecho de propiedad, por cuanto ha importado una confiscación de las imposiciones que –en forma voluntaria– depositó en una cuenta de capitalización individual. Aduce tener un derecho de propiedad sobre tales imposiciones, que lo habilita a retirar la suma reclamada en efectivo. Sostiene que la normativa citada viola el principio de irretroactividad de las leyes y vulnera el principio de progresividad, que prohíbe las medidas regresivas en materia de derechos económicos, sociales y políticos.

El recurso extraordinario es formalmente admisible, en tanto cuestiona la validez de la ley 26.425 bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional y la decisión del superior tribunal de la causa fue favorable a la norma impugnada.

3°) Que las cuestiones planteadas por el apelante encuentran adecuada respuesta en los apartados IV, V y VI del dictamen de la señora Procuradora General de la Nación, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de la brevedad.

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

ZALAZAR, CELIA c/ ESTADO NACIONAL - MINISTERIO DE
DEFENSA s/ PENSIONES

PENSIONES MILITARES

Corresponde revocar la sentencia que rechazó la demanda deducida por la madre de un conscripto que fue muerto por otro conscripto en el Colegio Militar de la Nación mientras cumplía el servicio militar obligatorio ya que surge con claridad del art. 81 de la ley 19.101 que no es exigible que la muerte haya ocurrido “en y por actos de servicio”, como requirió la alzada para acordar el derecho reclamado.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social confirmó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, rechazó la demanda promovida por la actora tendiente a obtener la pensión prevista en la ley 19.101, derivada del fallecimiento de su hijo mientras se encontraba cumpliendo el servicio militar obligatorio, en el año 1980 (v.

fs. 112/113 y 139/140 del expediente principal, al que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario).

Para así decidir, el tribunal sostuvo la improcedencia del beneficio previsional en los términos de la ley citada, en tanto la muerte del causante había resultado de actos ajenos al servicio que prestaba como conscripto (invocó los arts. 78 y 82, inciso 7, ley 19.101, y 878, ley 14.029). En este sentido, si bien reconoció que el occiso se hallaba cumpliendo el servicio militar obligatorio en el cuartel del Colegio Militar de la Nación, rechazó la acción con fundamento en que el hecho había sido provocado por un compañero en circunstancias no relacionadas con sus funciones específicas dentro del Ejército, en una pileta del establecimiento, fuera del horario en el que debía desarrollar las tareas asignadas (telefonista del Casino de Oficiales), sin haber sido autorizado por sus superiores para estar en el natatorio y adoptando una actitud negligente al concurrir a una pileta sin saber nadar (v. fs. 140).

Contra dicho pronunciamiento la actora dedujo recurso federal que, al ser denegado, motivó esta presentación directa (cf. fs. 143/152, 165 y 166 y fs. 27/36 del cuaderno respectivo).

-II-

La recurrente alega que el *a quo* realizó una aplicación parcial de la ley 19.101 y que, arbitrariamente, limitó el tratamiento de la cuestión al análisis estricto del acto de servicio, soslayando disposiciones del ordenamiento que resultan conducentes para la solución del caso, lo que importó una vulneración de garantías constitucionales (arts. 14, 16, 17 y 18 de la Carta Magna).

Al respecto, aduce que su hijo integraba el personal de reserva de las Fuerzas Armadas, que revestía “estado militar” cuando fue asesinado en la dependencia en la que cumplía el servicio militar obligatorio y que se encontraba afectado a dicho servicio las veinticuatro horas del día, no obstante que, por razones de organización funcional, se hubieran diagramado turnos (arts. 1, 3, 6, 10 y 38, ley 19.101). En ese marco, afirma que el fallecimiento de un conscripto genera para los familiares enumerados en dicho cuerpo legal un derecho a pensión (art. 81, inc. 2°), independientemente de los supuestos contemplados específicamente en los artículos 77 y 78 de la ley 19.101, que requieren la concurrencia de actos de servicio.

Agrega que la investigación presentó serias contradicciones; que fue llevada adelante por la propia demandada, sin intervención de la justicia ordinaria y de los familiares de la víctima, y que tanto el homi-

cidio como la posterior pesquisa tuvieron lugar en una época en que estaban suspendidas las garantías constitucionales y que se caracterizó por la aplicación de tormentos, las persecuciones ideológicas y la desaparición forzada de personas.

Por otra parte, tacha de arbitraria la sentencia, pues omite considerar lo dispuesto por el artículo 27 de la reglamentación de la Ley para el Personal Militar, que establece que se entenderán como producidos “en o por actos de servicio” los accidentes *in itinere*, al tiempo que -afirma- deja de lado la hermenéutica tuitiva que atañe a la seguridad social.

El recurso extraordinario resulta formalmente admisible pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia de normas de naturaleza federal -leyes 14.029 y 19.101- y la decisión ha sido contraria a las pretensiones del apelante (cfse. art. 14, inc. 3°, ley 48, y Fallos: 330:342, 399, 3630; 335:266). Al respecto, esa Corte tiene dicho que en la tarea de esclarecer la inteligencia de este tipo de normas no se encuentra limitada por las posiciones del a quo ni de las partes, sino que le atañe realizar una declaración sobre el asunto disputado, y que al ser invocadas, también, causales de arbitrariedad estrechamente ligadas a las anteriores, procede estudiarlas en forma conjunta (Fallos: 324:4307; 326:368, 2342; etc.).

En este punto compete referir que, previo a subsumir los hechos, la Sala precisó el concepto de “acto de servicio” fundada en las leyes 14.029 -hoy derogada- y 19.101, dotándolo de un alcance restringido que agravia a la recurrente. De ello se sigue que la cuestión federal fue examinada y resuelta por la sentencia, lo que subsana la posible extemporaneidad de su introducción, señalada por la juzgadora a fs. 166 (Fallos: 328:242; entre otros).

-IV-

Dicho ello, cabe recordar que la reserva del Ejército está constituida, entre otros, por el personal no perteneciente al cuadro permanente que se halle incorporado por convocatoria o por servicio obligatorio para revistar en las Fuerzas Armadas y que, por esa circunstancia, posee estado militar (v. arts. 3, inc. 1°, y 6, ley 19.101 y Fallos: 291:280; 308:1595; 326:1561). Por otra parte, el artículo 81, inc. 2°, de la ley 19.101 establece que, ostentan derecho a pensión militar, los familiares del personal de la reserva -vgr, la madre viuda; art. 82. 7- mientras esté incorporado o cuando estuviere comprendido en los arts. 77 o 78. A su vez, estas últimas previsiones están referidas a la disminución psico-

física para el trabajo en la vida civil, como consecuencia de actos del servicio, en un porcentaje del 66% o mayor.

Ahora bien, debo destacar que no constituye un hecho discutido en el *sub lite* que el causante se encontraba cumpliendo el servicio militar obligatorio y que, por ende, poseía estado militar al tiempo del homicidio, sin que haya sido alegado o acreditado que se encontrara excluido del servicio efectivo (cf. arts. 3, inc. 1° , 6, 10, 38, inc. 1° , y 43 ap. 1, ley 19.101).

Tampoco es motivo de controversia que, en cuanto tal, el conscripto afrontaba una carga pública y que se encontraba plenamente afectado al cumplimiento del servicio, más allá de la organización por turnos que se había conferido a sus tareas, sin que hubiera asumido por resolución propia los riesgos que la vida militar podía traer aparejados (cfr. Fallos: 302:404). Se añade a lo expuesto que su muerte, causada dolosamente por otro conscripto, tuvo lugar en ocasión de estar prestando el servicio en el sitio determinado para ello, un establecimiento castrense, una hora antes de retomar la labor de telefonista que le había asignado la superioridad. Ello fue reconocido por los magistrados de la causa y surge igualmente de las actuaciones (cfr. fs. 139vta. y 2 del expte. 21.452 y fs. 410/416 del expte. 4680).

Por otra parte, las consideraciones efectuadas por el *a quo* en orden a que el causante observó una conducta negligente al concurrir a una piscina sin saber nadar, resultan violatorias del principio de congruencia, en tanto exceden el marco del debate, el que se limita estrictamente al reconocimiento de un beneficio previsional y resulta ajeno al concepto de indemnización (cfr. arts. 68, 77, 78, 81, 82 y 86 de la ley 19.101 y doctrina de Fallos: 300:958; 308:1118; 335:266). Repárese en que la demandada en ningún momento invocó la culpa de la víctima -quien contaba con diecinueve años al tiempo del infortunio-, desde que se limitó a referir que el fallecimiento no había obedecido a un acto de servicio, como tampoco objetó, concretamente, la legitimación de la accionante (cfse. fs. 2 y 23/24 y expte. 21.452).

En relación con lo anterior, no es ocioso referir que esa Corte señaló desde antiguo que los beneficios dispuestos en las normas respectivas, para el supuesto de inutilización o disminución en la aptitud derivada de actos de servicio, deben ser acordados con prescindencia de toda idea de culpa o negligencia de la víctima (cfr. doctrina de Fallos: 197:561; 200:69; 207:176; 211:349; 227:833; 335:266). El argumento de la Cámara, por lo demás, prescinde notoriamente de que el causante fue asesinado por otro conscripto, según surge de las constancias obrantes a fojas 410/416, 435 y 446 del expediente 4680, agregado a las actuaciones.

En ese contexto, corresponde recordar que el Tribunal estableció que la interpretación de leyes que regulan el otorgamiento de haberes previsionales de aquéllos que cumplieron con el servicio militar obligatorio y que resultaron incapacitados por actos del servicio para el trabajo en la vida civil, requiere máxima prudencia, en especial, cuando la inteligencia que se les asigna puede llevar a la pérdida de un derecho o a su retaceo (cfr. Fallos: 329:4206).

Se adiciona a ello que esa Corte ha interpretado el “acto de servicio” en términos que exceden su literalidad, al punto de alcanzar, incluso, al infortunio padecido por un conscripto en un torneo de fútbol interno, en oportunidad de estar cumpliendo con el servicio militar (Fallos: 331:804). En similar sentido, el Tribunal ha dejado firme el fallo que reconoció el beneficio de retiro a un conscripto que se accidentó mientras se dirigía de su domicilio a la unidad militar en la que prestaba servicio, en el entendimiento de que ese trayecto configuraba una circunstancia inescindible de la carga pública que iba a prestar (v. CSJN, S.C. L. 422, L. XLIV; “Labella, Jorge c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa s/ ordinario”, 04/08/09).

En suma, procede expresar, como colofón, que las particularidades de la causa razonablemente exigían que el concepto de “acto de servicio” fuera apreciado con mayor amplitud, ya que -reitero- la víctima del infortunio era un conscripto que -como tal- afrontaba una carga pública y revistaba estado militar, y su muerte, provocada dolosamente por otro soldado, en el Colegio Militar de la Nación, en el año 1980, tuvo lugar en ocasión de hallarse prestando el servicio obligatorio y a disposición de la superioridad, en la unidad castrense asignada para ello (v. arts. 3, inc. 1°, 6, 10, 38, inc. 1°, 43, inc. 1°, 78, inc. 3°, 81, inc. 2°; y 82, ap. 7°, ley 19.101, entre otros).

Por último, cabe subrayar que habiéndose solicitado el beneficio ante la autoridad administrativa en el año 1985 y en sede judicial en el año 1997 (fs. 3, 6 y 10), no media aún un pronunciamiento definitivo sobre la prestación reclamada, pese a su obvio tenor alimentario.

-V-

Por lo expresado, considero que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso, revocar la sentencia apelada y, en el marco del artículo 16 de la ley 48, reconocer el beneficio de pensión de la actora, con arreglo a las previsiones de la ley 19.101. Buenos Aires, 03 de febrero de 2014. *Marcelo Adrian Sachetta*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 30 de diciembre de 2014.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Zalazar, Celia c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa s/ pensiones”, para decidir su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social que confirmó la sentencia de la instancia anterior, que había rechazado la demanda deducida por la madre de un conscripto fallecido en el año 1980 enderezada a lograr el reconocimiento de su derecho a pensión, la interesada dedujo el recurso extraordinario que, desestimado, motivó la presente queja.

2°) Que los planteos de la recurrente respecto del encuadre legal dado por la alzada se encuentran adecuadamente fundados y constituyen cuestión federal suficiente para la admisibilidad de la vía de excepción, toda vez que la situación previsional de la actora debió ser ubicada en la primera parte del inciso 2° del artículo 81 y el inciso 7° del artículo 82 y artículo 83 de la ley 19.101 (conf. artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

3°) Que, en efecto, la recurrente, madre de un conscripto que fue muerto por otro conscripto en el Colegio Militar de la Nación en el año 1980, mientras cumplía con el servicio militar obligatorio, tiene derecho a la pensión de la ley 19.101 sin necesidad de demostrar que la muerte del causante haya ocurrido “en y por actos de servicio”, mientras el ciudadano se encuentre incorporado a la conscripción.

4°) Que el inciso 2° del artículo 81 citado, es claro al prescribir que “El personal que tiene familiares con derecho a pensión militar es: ... 2. El personal de la reserva, **mientras esté incorporado** o cuando estuviere comprendido en los arts. 77 o 78”. Dentro del personal de reserva se encontraba comprendido el *de cujus* por el inciso 1° del artículo 3 de la ley 19.101 que, en lo que aquí interesa, prescribe “La reserva del Ejército... Su personal está integrado por: 1. La reserva incorporada, constituida por el personal no perteneciente al cuadro

permanente que se encuentre incorporado en su respectiva fuerza armada, por convocatoria o por servicio militar obligatorio para prestar servicios militares”.

Surge con claridad del artículo 81 que no es exigible que la muerte haya ocurrido “en y por actos de servicio”, como requirió la alzada para acordar el derecho reclamado por la actora.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se declara admisible la presentación directa, procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 16, segunda parte, de la ley 48, se reconoce el derecho a la pensión. Con costas al vencido en todas las instancias (artículo 68 y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Declárase a la presente queja exenta del depósito requerido por el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (artículo 13, inciso f, ley 23.898). Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAÚL ZAFFARONI.

Recurso de hecho interpuesto por **Celia Zalazar**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Norma Roca**.

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social**.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 7**.

ACORDADAS Y RESOLUCIONES

AÑO 2014

AGOSTO – DICIEMBRE

Acordadas (*)

1. Presupuesto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación AÑO 2015. -N° 23-.-
2. Visto el fallecimiento del Dr. Jorge Antonio BACQUE, dirigir una nota de condolencia a la familia del extinto e incluir su nombre en las tablas de honor del Tribunal. -N° 24-.
3. Visto el fallecimiento del Dr. Eduardo MOLINE O'CONNOR, dirigir una nota de condolencia a la familia del ex Ministro e incluir su nombre en las tablas de la memoria del Tribunal. -N° 25-.
4. Declarar de interés la “VI Conferencia Nacional de Jueces”. -N° 26-.
5. Establecer en la suma de \$ 15.000.- el depósito regulado por el art. 286 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación (Recurso queja por denegación de extraordinario). -N° 27-.
6. Determinar el monto mínimo que condiciona la admisibilidad de la apelación ordinaria reglada en el art. 24, inc. 6, apartado a, del Decreto-Ley 1285/58 en la suma de \$ 10.890.000. -N° 28-.
7. Fijar el Presupuesto de Gastos 2015 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y remitir el Presupuesto de Gastos 2015 del Consejo de la Magistratura. -N° 29-.
8. Designar a las Abogadas María del Rosario BRINSEK y Mariel Susana LUZZI como Directora General y Subdirectora General, respectivamente, de la Dirección General de Mandamientos. -N° 30-.

* Los documentos de la lista precedente se encuentran disponibles en el Sitio Web www.csn.gov.ar – Administración General – Acordadas.

9. Disponer la adopción de un Sistema Integrado de Gestión Bibliotecaria - SIGB para todas las bibliotecas del Poder Judicial de la Nación. -N° 31-.
10. Crear el Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los Tribunales del Poder Judicial de la Nación. -N° 32-.
11. Visto el fallecimiento del Dr. Enrique Santiago PETRACCHI, dirigir nota de condolencia a la familia del Señor Ministro e incluir su nombre en las tablas de la memoria del Tribunal. -N° 33-.
12. Crear el Cuerpo de Peritos del Poder Judicial de la Nación, Especializado en Casos de Corrupción y Delitos contra la Administración Pública y aprobar su reglamento. -N° 34-.
13. Disponer la liquidación y pago de un incremento salarial del 10 % a partir del 1° de Octubre de 2014, remunerativo y bonificable, para todas las categorías del escalafón del Poder Judicial de la Nación. -N° 35-.
14. Autoridades de Feria Enero 2015. -N° 36-.
15. Establecer en la suma fija de \$ 4.419.- la asignación especial denominada “ex-combatientes Islas Malvinas” a partir del 1° de Noviembre de 2014. -N° 37-.
16. Disponer la habilitación de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, a partir del 18 de Diciembre de 2014. -N° 38-.
17. Modificar el Estatuto de la Obra Social del Poder Judicial de la Nación -OSPJN-. -N° 39-.
18. Declarar feriado judicial los días 24 y 31 de Diciembre de 2014 e inhábil el 02 de Enero de 2015 para los tribunales nacionales y federales con asiento en la Capital e Interior del país. -N° 40-.
19. Declarar asueto los días 23 y 30 de Diciembre de 2014 a partir de las 12:00 horas, para los tribunales nacionales y federales con asiento en la Capital e Interior del País. -N° 41-.

20. Ordenar la habilitación de los cargos de funcionarios y empleados, en forma parcial y gradual, a los fines de su paulatina organización. Extender el feriado de 7 días hábiles, dispuesto en el punto 3° de la Acordada 38/14, hasta el 1° de Marzo de 2015, inclusive. -N° 42-.

Resoluciones (*)

1. Prorrogar, por única vez, el plazo previsto en el artículo 1 del anexo I de la Acordada CSJN N° 2/2014 relativo a la inscripción mediante el Sistema Único de Administración de Peritos y Martilleros (SUAPM), hasta el 14 de noviembre de 2014. -N° 2879-.
2. Disponer un reajuste en las cuotas correspondientes a los afiliados extraordinarios de la OSPJN y en los montos mínimos establecidos para los afiliados adherentes, con vigencia a partir del 1° de Octubre de 2014. -N° 2911-.
3. Régimen de Notificaciones Electrónicas - disponer que hasta tanto la información del servicio tenga características suficientes para ser accesible para los letrados no videntes, los profesionales que así lo requieran y prueben, podrán exceptuarse de cumplir con las obligaciones que emanan de la Acordada CSJN N° 31/11, en las causas en las que se encuentran designados. -N° 2998-.
4. Disponer -a partir del 1° de noviembre de 2014- un nuevo valor del concepto “Movilidad Fija” estableciéndolo en la suma de pesos dos mil cuatrocientos setenta y ocho (\$ 2. 478,00)- para todos los funcionarios y empleados dependientes del Poder Judicial de la Nación a quienes corresponda percibirlo. -N° 3631-.

* Los documentos de la lista precedente se encuentran disponibles en el Sitio Web www.csjn.gov.ar – Administración General – Resoluciones.

INDICE POR LOS NOMBRES DE LAS PARTES

A

Aeropuertos Argentina 2000 S.A. c/ Buenos Aires, provincia de s/ acción declarativa: p. 1375

Aguas Argentinas c/ Municipalidad de Avellaneda s/ demanda declarativa con medida cautelar: p. 88

Aguas Argentinas S.A. (TF 22765-I) c/ D.G.I: p. 119

Alliance One Tabacco Argentina S.A. c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ ordinario: p. 1393

Ami Cable Holding Ltd. y Otro s/ incidente: p. 97

Arevalo, Martin Salomón s/ causa n° 11835: p. 637

Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/ EN - JGM - SMC s/ amparo ley 16.986: p. 47

Asociación de Bancos de la Argentina c/ Buenos Aires, provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 822

Asociación de Editores de Diarios de Bs As (AEDBA) c/ EN dto 746/03 AFIP s/ medida cautelar: p. 1117

Asociat SA ART (TF 21213-I) c/ Dirección General Impositiva: p. 481

Atencia, Mirta Cristina c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ art. 3 ley 24.043: p. 675

ATVC y Otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios y Secretaría de Comunicaciones y Otros s/ proceso de conocimiento: p. 681

B

Banco Columbia SA (TF 22697-I) c/ DGI: p. 486

Banco Credicoop Cooperativo Limitado c/ Entre Ríos, provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 234

Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ DNCI disp. 622/05 (exp. 29184/02): p. 205

Bercún, Eduardo c/ Junta Nacional de Granos y Otro s/ sumario: p. 1234

Bertran, Rufino José y Otros c/ ANSeS s/ reajustes varios: p. 1521

Bolsa de Cereales de Buenos Aires c/ Buenos Aires, provincia de s/ acción declarativa: p. 1464

Boston Cía. Argentina de Seguros SA c/ EN - AFIP s/ proceso de conocimiento: p. 1042

Bozzano, Raúl José (TF 33056-I) c/ DGI: p. 58

Bridas Austral SA c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos - Dirección General Impositiva s/ Dirección General Impositiva: p. 373

Bruno, Horacio Angel y Otros c/ Santa Fe, provincia de s/ acción declarativa: p. 1245

Bufete Industrial Argentina S.A. c/ EN - AFIP - DGI s/ Dirección General Impositiva: p. 123

Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín y Otro s/ daños y perjuicios: p. 329

C

C. M.E. y Otros c/ Estado Nacional INCUCAI resol. 69/09: p. 492

(VIII)

NOMBRES DE LAS PARTES

Cámara Minera de Jujuy y Otra (Provincia de Jujuy) c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 1540

Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y Otros s/ amparo: p. 388

Carrascosa, Carlos Alberto s/ recurso de casación: p. 1289

Carreras, Aldo Omar y Otros s/ defraudación contra la administración pública s/ incidente de falta de acción promovido por la defensa de Ralph Matthias Kleinhempel: p. 1252

Castiglione, María Mercedes c/ EN - Mº Economía - SF nota 2169/07 (expte. s01 131453/06) s/ proceso de conocimiento: p. 339

Catamarca, provincia de c/ Caja Complementaria para la Actividad Docente s/ acción declarativa de certeza: p. 712

Cavallo, Domingo Felipe y Otro s/ incidente de regulación de honorarios de Calcagno, Alfredo E. - causa nº 6420/01 y 11532/09: p. 1530

Cerruti, Isabel Teresa c/ Benfield, Rebeca Celina s/ ordinario: p. 154

Ceteco Arg SA su quiebra c/ Ceteco Finance By s/ ordinario: p. 1491

CIPPEC c/ EN Mº Desarrollo Social dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986: p. 256

Claren Corporation c/ EN arts. 517/518 CPCC Exequatur s/ varios: p. 133

Club Ferrocarril Oeste Asociación Civil s/ quiebra s/ incidente de apelación (designación de integrante de órgano fiduciario): p. 149

Codina, Héctor c/ Roca Argentina S.A. s/ ley 23.551: p. 1403

Comisión Nacional de Valores c/ Papel Prensa SA s/ verificación: p. 291

Comisión Nacional de Valores c/ Standard & Poor's Ratings LLC. suc. Argentina s/ organismos externos: p. 448

Compañía de Tierras del Sud Argentino S.A. c/ Chubut, provincia de y Otros s/ acción declarativa: p. 23

Compañía Inmobiliaria San Martín de Tours SA c/ EN - AFIP - DGI - resol. 5/09 (RMCIO) 29/08 (DEV): p. 647

Constructora Andrade Gutiérrez y Otros c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ contencioso administrativo: p. 1254

Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itau Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario: p. 753

Consumidores Financieros Asociación Civil p/s defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario: p. 762

CTI Cía. Telefónica Interiores SA (TF 19403-A) acum. 19417-A c/ DGA: p. 939

D

De Maio, Ana de las Mercedes c/ Mº J y DDHH - art. 3 ley 24.043 - resol 1147/09 (ex 166457/08): p. 1006

Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Otro s/ proceso de conocimiento: p. 307

Defensor del Pueblo de la Nación c/ Trenes de Buenos Aires (TBA) y Otro s/ amparo ley 16.986: p. 771

Demaría, Jorge Luis y Otros s/ causa nº 14.358: p. 354

DGI (autos Lavezzari, Jose Luis -TF 21491-I) c/ DGI: p. 346

Diario Perfil S.A. c/ AFIP - DGI s/ Dirección General Impositiva: p. 62

Domec Compañía de Artefactos Domésticos SAIC y F c/ Estado Nacional dto. 493/04 y Otros Ministerio de Economía resol 186/03 y Otras s/ proceso de conocimiento: p. 1307

Duarte, Felicia s/ recurso de casación: p. 901

Duich Dusan, Federico c/ CEMIC Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ amparo: p. 471

E

Einaudi, Sergio c/ Dirección General Impositiva s/ nueva reglamentación: p. 1013

Empresa Argentina Generadora y Com. de Señales LLC c/ Cablevisión SA (JZ Circuito 11 - Miami - Florida) s/ exhorto: p. 735

Encinas, Néilda María c/ YPF SA y Otro s/ otros reclamos: p. 1136

Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios c/ Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. y Otro s/ proceso de conocimiento: p. 1408

F

- Facultad de Ciencias Médicas de la U.N.L.P.
c/ U.N.L.P. s/ recurso administrativo directo:
p. 1323
- Fama, Juan Jose Osvaldo c/ Estado Nacional -
Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos
Humanos - Policía Federal Argentina
s/ ordinario: p. 740
- Felez, Gerónimo y Otros c/ San Juan, provincia
de s/ expropiación inversa: p. 469
- Fraile, Diana y Otros c/ Provincia de Buenos
Aires s/ demanda contencioso adm.: p. 574
- Frois, Mauricio s/ causa n° 88/2011: p. 1081
- Fundación Medio Ambiente c/ EN - PEN - dto.
1638/12 - SSN - resol. 37.160 s/ medida
cautelar autónoma: p. 1420

G

- Gómez, Claudia Patricia c/ SADEN S.A. y Otro
s/ despido: p. 1548
- Gómez, Orlando Mario c/ Estado Nacional
Ministerio de Justicia Policía Federal
Argentina s/ personal militar y civil de las
FFAA y de Seg.: p. 1337
- Granillo Ocampo, Raul Enrique y Otros s/
recurso de queja: p. 37
- Guidi, Juan Luis c/ M° J y DDHH – art. 3 ley
24.043 – resol. 1922/11 (ex 143384/04):
p. 1095

I

- Intendente Municipal Capital s/ amparo:
p. 1263
- Irigoyen, Juan Carlos Hipólito c/ Fundación
Wallenberg y Otro s/ daños y perjuicios:
p. 921

J

- Johnsondiversey de Argentina S.A. c/ Buenos
Aires, provincia de s/ acción declarativa de
inconstitucionalidad: p. 813
- José y Salvador Sirica s/ apela multa: p. 843

K

- K., C. N. c/ OSECAC s/ acción de amparo:
p. 654
- Kemelmajer de Carlucci Aída Rosa c/ Lanata,
Jorge y Otros s/ daños y perjuicios: p. 1052
- Kersich, Juan Gabriel y Otros c/ Aguas
Bonaerenses SA y Otros s/ amparo: p. 1361
- Kuray, David Lionel s/ recurso extraordinario:
p. 1555

L

- L., E. S. c/ Centro de Educación Médica e
Investigaciones Clínicas Norberto Quiro
(CEMIC) s/ amparo: p. 580
- Línea 10 S.A. c/ Buenos Aires, provincia de
s/ acción declarativa: p. 1067
- L'Oreal Argentina S.A. c/ Municipalidad
de Justo Daract s/ acción contencioso
administrativa: p. 1494
- Louge, Armando Beltrán y Otro c/ Gobierno de
su Majestad Británica s/ daños y perjuicios:
p. 731
- Luna, Javier Alejandro s/ causa n° 11.919:
p. 542

M

- Malma Trading S.R.L. c/ Estado Nacional M° de
Econ. y Obr. y Serv. Publ: p. 548
- Malossi, Noemí Adriana c/ E.N.A. - O.N.A.B.E.
s/ prescripción adquis: p. 850
- Mansilla, Carlos c/ Fortbenton Co Laboratories
S.A. s/ despido: p. 179
- Maules, Cecilia Valeria c/ Unidad de Gestión
Operativa de Emergencias SA s/ daños y
perjuicios: p. 1431
- Miracle Mile SA (TF 21.150-I) c/ DGI: p. 692
- Moneta, Raúl Juan Pedro y Otros s/ recurso de
casación: p. 659
- Monner Sans, Ricardo c/ EN - Secretaría
General Presidencia y Otros s/ amparo ley
16.986: p. 166
- Monteagudo Barro, Roberto José Constantino
c/ Banco Central de la República Argentina
s/ reincorporación: p. 1142
- Moyano Nores, José Manuel c/ EN - AFIP
s/ amparo ley 16.986: p. 1152

(X)

NOMBRES DE LAS PARTES

Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo: p. 1024

Municipalidad de Rosario c/ Entre Ríos, provincia de y Otro s/ amparo (daño ambiental): p. 1439

Muñoz, Carolina Marite y Otro s/ robo calificado etc: p. 505

N

NSS SA c/ GCBA s/ proceso de conocimiento: p. 858

O

O.S. Pers. de la Construcción c/ Est. Nac. -M° de Salud y acc. soc. -Superint. Serv. de Salud- s/ ejecución ley 23.660: p. 966

Obra Social de Docentes Particulares c/ Fundación Santa: p. 518

Oehler, Carlos A. c/ Secretaría de Turismo y Cultura de la Provincia de Jujuy - Estado provincial s/ recurso de inconstitucionalidad: p. 1108

Orpianesi, Martin Miguel c/ EN M° Justicia SSI GN disp 162/99 335/99 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg: p. 112

Otilio, Roque Romano s/ pedido de enjuiciamiento: p. 590

P

P. L., J. M. c/ I.O.M.A. s/ amparo - rec. extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley: p. 222

P.T., G. c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ pensiones: p. 191

Paracha, Jorge Daniel c/ DGI s/ recurso: p. 993

Pedraza, Héctor Hugo c/ A.N.Se.S. s/ acción de amparo: p. 530

Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/ acción de amparo: p. 1102

Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/ quiebra: p. 315

Puentes del Litoral SA (TF 26.823-I) c/ DGI: p. 948

Q

Quiroga, Carlos Alberto c/ ANSeS s/ reajustes varios: p. 1277

R

R., A. A. y Otro c/ OSDE y Otro s/ amparo: p. 45

Río Negro, provincia de c/ AYCSA Tensis S.A. y Otra s/ cobro de pesos: p. 1503

ROCH S.A. c/ DGA s/ recurso: p. 703

Rodríguez, María Belén c/ Google Inc y Otro s/ daños y perjuicios: p. 1174

S

Schoo Devoto de Marino, Susana Enriqueta Elena c/ D.N.V. s/ expropiación: p. 70

Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico (SE.DRO.NAR) c/ Misiones, provincia de s/ cobro de pesos: p. 1346

Sisnero, Mirtha Graciela y Otros c/ Taldelva SRL y Otros: p. 611

Soldano, Domingo c/ EN ley 26.095 M° Planificación resol 2008/06 y Otro s/ amparo ley 16.986: p. 877

T

Tapia, Masima c/ Administración Nacional de la Seguridad Social s/ amparos y sumarísimos: p. 1037

The Bank of Tokio - Mitsubishi UFJ Ltd. c/ EN - AFIP - DGI - resol. 269/07 y Otro s/ Dirección General Impositiva: p. 1511

U

Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN M° V E inf. Sec. Transporte dto 104/01 y Otros s/ amp. proc. sumarísimo art 321. inc. 2 CPC y C: p. 790

Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales SA ley 24.240 y Otro s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321 inc. 2 C.P.C. y C.): p. 196

Unión Personal de Fábricas de Pinturas y Afines R.A. c/ Colorín Industria de Materiales Sintéticos S.A. s/ ejecución fiscal: p. 748

Universidad Nacional de Río Cuarto c/ Córdoba, provincia de y Otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 627

Universidad Nacional de Rosario c/ Entre Ríos, provincia de s/ amparo (daño ambiental): p. 1447

V

Velárdez, Julio Cesar c/ Jasnys y Basano S.A. s/ ordinario: p. 567

Villarreal, Mario Jesús c/ PEN – PLN y Máxima AFIP s/ amparo: p. 1564

Villavicencio, Cesar O. s/ extradición: p. 1217

W

Whirlpool Puntana SA (TF 21.671-A) c/ DGA: p. 1451

Y

Yurquina, Jalil Milagro y Otros c/ Programa de P.P. de Telecom Arg. Stet France Tel. S.A. y Otro s/ ordinario: p. 77

Z

Zalazar, Celia c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa s/ pensiones: p. 1581

Zito, José Mario c/ EN - M° Defensa - EMGE – dto. 1056/08 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.: p. 365

INDICE GENERAL

TOMO 337

VOLUMEN I

	Pág.
Discurso de apertura del año judicial 2014	5
Acordadas y Resoluciones	17
Fallos de la Corte Suprema	23
Febrero	23
Marzo	119
Abril	329
Mayo	481
Junio	675
Julio	813
Indice por los nombres de las partes	(I)

VOLUMEN II

	Pág.
Acordadas y Resoluciones	895
Fallos de la Corte Suprema	901
Agosto	901
Septiembre	993
Octubre	1081
Noviembre	1245
Diciembre	1361
Indice por los nombres de las partes	(VII)

