REPUBLICA ARGENTINA

FALLOS

DE LA

CORTE SUPREMA

DE

JUSTICIA DE LA NACION

PUBLICACION A CARGO DE LA SECRETARIA
DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

TOMO 344

ENERO-MAYO

2021

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

REPUBLICA ARGENTINA

FALLOS

DE LA

CORTE SUPREMA

DE

JUSTICIA DE LA NACION

PUBLICACION A CARGO DE LA SECRETARIA
DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL

TOMO 344

ENERO-MAYO

2021

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA

FEBRERO

ARAUJO, RAMONA c/ EN - M JUSTICIA y DDHH s/
INDEMNIZACIONES – LEY 24043 - ART 3

RECURSO EXTRAORDINARIO

Es nulo el auto de concesión del recurso extraordinario toda vez que la parte dispositiva del fallo en la que se concede un solo recurso no guarda la debida concordancia con lo expresado en los vistos del pronunciamiento, en los que el tribunal a quo dio cuenta de la interposición de dos recursos para la causa y a su vez, dados los imprecisos términos de la decisión, deviene imposible determinar cuál es el remedio federal que fue concedido; máxime cuando tampoco se precisó cuáles de los agravios listados habían sido planteados por cada una de las partes.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

La parte resolutiva de la sentencia debe ser la conclusión final y necesaria, por derivación razonada, del análisis de los presupuestos efectuados en sus fundamentos.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El juicio de admisibilidad del recurso extraordinario debe ser llevado a cabo por los superiores tribunales de la causa en forma fundada y circunstanciada.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de febrero de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal admitió el recurso directo promovido por la peticionaria contra la resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que le había denegado el beneficio previsto en la ley 24.043 por el período en el que aquella aseveró haber estado exiliada forzosamente. En consecuencia, hizo lugar a la reclamación, a la par que consideró aplicable al caso las pautas establecidas en el art. 1, inc. b, de la resolución 670-E/2016 para calcular el monto del beneficio aludido.

2°) Que contra esa decisión, tanto la actora como el representante de la demandada dedujeron sendos recursos extraordinarios, en los que alegan –en el primer caso– que, al aplicar la resolución ministerial aludida, la cámara modificó el alcance de la ley 24.043, así como la arbitrariedad del fallo; y –en el segundo– la errónea interpretación de dicha ley, como también la falta de prueba sobre la persecución política alegada por la actora.

3°) Que en el "Vistos" del auto de concesión de fs. 208 el tribunal de alzada indicó que ambas partes habían interpuesto un remedio federal. Seguidamente, en los "considerando", examinó los agravios referidos a la interpretación de la ley federal 24.043 (I), a las cuestiones de hecho y prueba planteadas por la demandada (II) y a la arbitrariedad del pronunciamiento (III). Finalmente, en la parte resolutiva de la decisión, se limitó a *"conceder el recurso extraordinario deducido con el alcance precisado en el considerando I y denegarlo en cuanto se basa en los fundamentos analizados en el considerando II y III"*.

4°) Que en las condiciones expresadas, la parte dispositiva del fallo en la que se concede un solo recurso extraordinario, no guarda la debida concordancia con lo expresado en los vistos del pronunciamiento, en los que el tribunal a quo había dado cuenta de la interposición de dos recursos para esta causa. A su vez, dados los imprecisos términos de la decisión, deviene imposible determinar cuál es el remedio

federal que fue concedido. Máxime cuando, con excepción del agravio atinente a la falta de prueba esgrimido por la demandada al que la cámara alude en el considerando II, tampoco se precisó cuáles de los agravios listados habían sido planteados por cada una de las partes.

5°) Que este Tribunal ha afirmado que la parte resolutiva de la sentencia debe ser la conclusión final y necesaria, por derivación razonada, del análisis de los presupuestos efectuados en sus fundamentos (Fallos: 315:1861) circunstancia que, claramente, no se verifica en el *sub lite*.

El modo en que la cámara se ha expedido exhibe una total inobservancia de la doctrina sentada en reiterados precedentes de esta Corte con arreglo a la cual el juicio de admisibilidad del recurso extraordinario debe ser llevado a cabo por los superiores tribunales de la causa en forma fundada y circunstanciada (Fallos: 338:1534; 339:869 y 340:403).

En las condiciones expuestas, el auto de concesión de fs. 208 carece ostensiblemente de la debida fundamentación, defecto que constituye una causal con entidad suficiente para privarlo de validez.

Por ello, se declara la nulidad de la resolución de fs. 208. Devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen para que se dicte una nueva decisión sobre el punto. Notifíquese y remítase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

Recursos extraordinarios interpuestos por: **Ramona Araujo**, representada por la **Dra. Myriam Carsen**; y por el **Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos)** representado por el **Dr. Juan Manuel Díaz Pérez**, con el patrocinio letrado del **Dr. Marcos A. Giangrasso.**

Traslados contestados por: el **Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos)** representado por el **Dr. Juan Manuel Díaz Pérez,** con el patrocinio letrado del **Dr. Marcos A. Giangrasso;** y por **Ramona Araujo**, representada por la **Dra. Myriam Carsen**.

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

FERNÁNDEZ, NÉSTOR FABIÁN c/ EN - M JUSTICIA y DDHH - SPF s/ Personal militar y civil de las FFAA y de seg.

DEPOSITO PREVIO

La presentación de la constancia de requerimiento de la previsión presupuestaria acompañada, de forma digital, no es idónea a los fines pretendidos por el peticionario, pues no se acogió a los términos de la acordada 47/91, en la oportunidad establecida en el art. 2 de ese precepto; por lo cual por no haberse efectuado en término el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, luego de la intimación cursada, corresponde aplicar el apercibimiento allí dispuesto.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de febrero de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que por no haberse efectuado en término el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, luego de la intimación de fs. 26, corresponde aplicar el apercibimiento allí dispuesto.

Que la presentación de la constancia de requerimiento de la previsión presupuestaria acompañada, de forma digital, con fecha 31 de julio d 2020, no es idónea a los fines pretendidos por el peticionario, pues no se acogió a los términos de la acordada 47/91, en la oportunidad establecida en el artículo 2° de ese precepto.

Por ello, se desestima la queja. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por el **Estado Nacional – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Servicio Penitenciario Federal, demandado en autos,** representado por la **Dra. Marisa Giammarinaro.**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 4 Secretaría n° 8.**

LENCINA, RAMONA MAGDALENA Y OTROS C/ POLICÍA FEDERAL ARGENTINA S/ PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEG.

POLICIA FEDERAL

A fin de precisar el alcance de los arts. 7 y 113 de la ley 21.965 debe recordarse que una interpretación situada, coherente y que no pierda de vista los objetivos centrales de los mandatos constitucionales, exige asumir con convicción, pero sin fanatismo, la presunción de no contradicción del ordenamiento jurídico en general; esta exégesis se sitúa, en el contexto de la previsión social, en el cual las normas deben ser tratadas otorgando prevalencia a los fines tuitivos que procuran y requieren de la máxima prudencia, toda vez que la inteligencia que se les asigna puede llevar a la pérdida de un derecho o su retaceo.

POLICIA FEDERAL

Una lectura que compatibilice los arts. 7 y 113 de la ley 21.965 con la finalidad asistencial y protectoria que las inspira, lleva a prescindir del tiempo mínimo de servicio previsto por el art. 7 de la ley citada a fin de reconocer a los deudos del agente cesanteado el derecho a gozar la pensión global mínima a la que se refiere el art. 113, pues de lo contrario, bajo una mirada formalista se convalidaría una desprotección de derechos de carácter alimentario provenientes de un sistema destinado a asegurar a los individuos contra contingencias sociales vinculadas a la vejez, invalidez y fallecimiento, desatendiendo las normas constitucionales que garantizan el derecho de acceso a los beneficios previsionales.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es formalmente admisible en cuanto se cuestiona lo resuelto acerca de la improcedencia del otorgamiento de un beneficio de pensión a la viuda de un agente de la Policía Federal y a sus hijos menores y del no reconocimiento de haberes caídos a favor de este último durante el tiempo que permaneció en servicio pasivo, en tanto se encuentra en tela de juicio el alcance y la interpretación de disposiciones de naturaleza federal (ley 21.965 y decreto 1866/83) y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido adversa a los derechos que la apelante funda en aquéllas.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

La reiteración de argumentos expuestos en instancias anteriores, sin desvirtuar las razones del fallo, evidencia que los agravios reflejan una mera expresión de disconformidad que no es idónea para fundar el recurso extraordinario.

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

POLICIA FEDERAL

De conformidad con lo establecido la ley 21.965 (arts. 46, 49 y 79 inc. c) el personal policial en actividad que es detenido o sometido a un proceso judicial, siempre que el hecho que dio motivo a ello revele grave indignidad o afectare manifiestamente al prestigio de la Institución, pasa a revistar en servicio pasivo mientras se sustancia la causa disciplinaria emergente; en esa situación de revista percibirá el 50% del total de las remuneraciones correspondientes al servicio efectivo, y únicamente le corresponderá cobrar la diferencia de haberes que no se le hubiere abonado durante el tiempo que haya permanecido en servicio pasivo si fuera absuelto o sobreseído.

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

INTERPRETACION DE LA LEY

La inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen, por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las

palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos.

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

INTERPRETACION DE LA LEY

La primera fuente de interpretación de las leyes es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu.

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

POLICIA FEDERAL

Del texto del decreto 1866/83 (reglamentario de la ley 21.965) se desprende que los términos absolución y sobreseimiento son empleados también para aludir a las decisiones que se adopten en el marco de la aplicación del régimen disciplinario de la fuerza policial para evaluar la conducta de su personal; así surge de los arts. 663 -inc. b)-, 667 a 671, 678, 681 Y 716.

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

POLICIA FEDERAL

Si no media absolución o sobreseimiento del agente de la policía también en el ámbito disciplinario no corresponde reintegrar el porcentaje de haberes no percibido por el personal policial en actividad en situación pasiva, aun cuando éste hubiera sido absuelto o sobreseído en sede judicial, pues cuando la ley para el personal policial quiso hacer referencia concreta a la absolución o el sobreseimiento que pudiera recaer en sede judicial, lo hizo expresamente, tal como surge del art. 117 de la ley citada.

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

POLICIA FEDERAL

Si no media absolución o sobreseimiento del agente de la policía también en el ámbito disciplinario no corresponde reintegrar el porcentaje de haberes no percibido por el personal policial en actividad en situación pasiva, aun cuando éste hubiera sido absuelto o sobreseído en sede judicial, porque el art. 49, inc. f, de la ley 21.965 dispone que la permanencia en situación pasiva del personal policial en actividad detenido o sometido a proceso judicial, cuando el hecho que dio motivo a la medida revele grave indignidad o afectare manifiestamente al prestigio de la Institución se mantendrá mientras se sustancie la causa disciplinaria emergente, y no la limita a la conclusión de la causa judicial por absolución o sobreseimiento, que bien podría suceder antes de que finalizara el sumario administrativo.

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

POLICIA FEDERAL

Si no media absolución o sobreseimiento del agente de la policía también en el ámbito disciplinario no corresponde reintegrar el porcentaje de haberes no percibido por el personal policial en actividad en situación pasiva, aun cuando éste hubiera sido absuelto o sobreseído en sede judicial, pues si se considera que el art. 79, inc. c, de la ley 21.965 establece que el personal policial en actividad en situación pasiva debe percibir el 50% del total de las remuneraciones correspondientes al servicio efectivo, y dado que esa situación se extiende hasta la culminación de la causa disciplinaria emergente (art. 49, inc. f), no tendría sentido que, a continuación, la norma habilitara la percepción del total de las remuneraciones al personal en actividad respecto del cual hubiera recaído absolución o sobreseimiento en el ámbito judicial, aun cuando continuara en servicio pasivo por no haber concluido el sumario administrativo respectivo.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

A fs. 25/ 33 de los autos principales (a cuya foliatura aludiré en lo sucesivo) , Ramona Magdalena L (viuda de Antonio Víctor D), por

derecho propio Y en representación de sus hijos -en ese entonces, menores de edad- promovió demanda contra el Estado Nacional (Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina) a fin de obtener que se declarara la nulidad del acto administrativo que dispuso la sanción de cesantía de su extinto cónyuge (que revistaba como sargento de la fuerza policial); se dispusiera el pago de los salarios caídos hasta su fallecimiento; se declarara su carácter de pensionista junto con sus hijos menores y, consecuentemente; se reconociera su derecho al cobro de los haberes de pensión correspondientes, con todos los beneficios derivados de la obra social.

A fs. 76/ vta., la actora modificó parcialmente los términos de la demanda y, en tal sentido, indicó que solicitaba el reconocimiento de todos los beneficios de la obra social en general y en particular, y el debido reintegro de las sumas abonadas a raíz del sepelio e inhumación de su marido; la integración del 100% de los salarios caídos en el período comprendido entre agosto de 1986 y enero de 1988 inclusive y todas las diferencias remuneratorias y no remuneratorias durante la situación de revista en servicio pasivo en la que había estado el causante entre abril de 1985 y agosto de 1986 hasta cubrir los haberes correspondientes al servicio activo; las sumas en concepto de subsidios o ayudas especiales previstas por la ley 21.965 y sus decretos reglamentarios. Añadió que, sin perjuicio de ello, reclamaba también el beneficio de pensión en las proporciones que legalmente le correspondían a la viuda y a sus hijos menores.

A fs. 89/92 contestó demanda el Estado Nacional (Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina).

Asimismo, compareció la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal, citada al proceso en calidad de litisconsorte pasivo necesario en los términos del art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (v. fs. 157/158 vta.)

-II-

A fs. 618/625, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala V), al confirmar sentencia de la instancia anterior, rechazó la demanda.

Para decidir de esa manera, el *a quo* recordó que en el marco del sumario sustanciado en el expediente administrativo 210-18-000005-85, iniciado con motivo de actuaciones judiciales por hurto de automotor y violación de los deberes de funcionario público, el 20 de agosto de 1986 se había resuelto dejar cesante al sargento D “por haber violado de-

beres esenciales a su condición de policía, al haber recibido un rodado que tenía pedido de secuestro, sin las chapas patentes colocadas, ni documentación respectiva, resultando afectado a actuaciones judiciales caratuladas 'nuevas actuaciones por hurto automotor e incumplimiento de los deberes de funcionario público'" encuadrándose la conducta del agente en el art. 535, inc. a), del decreto 1866/83, en función de los arts. 8°, incs. a), c) y 9° inc. a), de la ley 21.965, con el agravante del art. 567, inc. b), del mencionado decreto reglamentario.

Seguidamente, destacó que el principio de que eran independientes el sumario administrativo y la causa penal tenía recepción en los arts. 114, segundo párrafo, de la ley 21.965, y 528 y 529 de la reglamentación aprobada por el decreto 1866/83, por lo que resultaba acertado el criterio del juez de primera instancia al sostener que lo resuelto en sede penal era irrelevante a los fines del ejercicio de la potestad disciplinaria. Al respecto, refirió que el sobreseimiento dictado por el juez penal había tenido fundamento en lo previsto por el art. 435, inc. 2°) del Código de Procedimientos en Materia Penal entonces vigente, lo que implicaba que no se afirmó que no hubiera existido delito, sino que no podía determinarse su autoría; tal sobreseimiento -expresó- no impedía que se investigaran otros hechos a los fines de determinar si había existido una falta administrativa, tal como sucedió en el caso.

Enumeró las conductas reprochadas al sargento D en el marco del sumario administrativo -recibir un rodado que tenía un pedido de secuestro, vehículo que no contaba con chapas identificatorias y que tampoco poseía documentación-, y concluyó en que no cabía duda de que había tenido intervención personal en los hechos y que su accionar revelaba una actitud negligente por parte de quien tenía a su cargo la protección de la propiedad de las personas, entre otros bienes jurídicos. Agregó que no era necesario que se determinara su participación como autor de un ilícito penal, ya que los hechos comprobados eran suficientes para acreditar la infracción a diversos impuestos a los agentes policiales.

Desestimó el argumento de la actora según el cual la sanción aplicada había sido desproporcionada, al considerar que los hechos reprochados al sargento D fueron aquellos en los que había tenido intervención personal, y que sus actos trascendieron lo puramente privado porque estaban involucrados otros miembros de la institución y el automóvil había sido obtenido en forma ilícita, aun cuando esto no fuera atribuible a aquél. Consideró que los antecedentes personales del agente no eran determinantes para justificar una modificación de una sanción que respondía a faltas disciplinarias

comprobadas en un sumario administrativo sustanciado con arreglo a las normas entonces vigentes.

Indicó que cabía considerar desierto el agravio relacionado con los efectos del recurso administrativo que había interpuesto el agente contra la sanción aplicada, ya que la actora no se hacía cargo del fundamento de la sentencia de primera instancia, basado en el art. 681 del reglamento aprobado por el decreto 1866/83. Agregó que la falta disciplinaria había sido juzgada, y la sanción notificada, cumplida y recurrida en vida del agente, de modo que su fallecimiento ulterior no afectaba la validez de la sanción aplicada.

A continuación, se refirió a los planteos que la actora había incluido -de manera accesoria al pedido de declaración de nulidad de la cesantía- en su escrito de inicio y que reiteró en el memorial de agravios, de modo de asegurar su derecho de defensa.

Así, respecto del derecho a la pensión, consideró que había sido correctamente desestimado por la jueza de primera instancia con fundamento en el art. 7° de la ley 21.965, en tanto el agente había perdido el estado policial (como efecto de la cesantía aplicada -art. 561 del decreto reglamentario-) y su derecho al haber de pasividad estaba condicionado a la acreditación de 17 años simples de servicios, que no habían sido alcanzados; agregó que lo dispuesto por el art. 113, inc. b) , de la ley 21.965 -norma invocada recién en el memorial del agravios- se refería a la pensión global mínima que correspondía a los familiares con derecho a pensión, lo que requería que se verificara, respecto del Sr. D, la condición prevista por el art. 7° de la misma ley.

En cuanto a la obra social, señaló que el art. 829 de la reglamentación establecía el cese de la afiliación por renuncia, baja, cesantía o exoneración, y que el reingreso como afiliado obligatorio estaba supeditado a la reincorporación del agente; indicó que tampoco procedía admitir a la actora como afiliada voluntaria, toda vez que el art. 830 del decreto reglamentario exigía, para ello, que los causantes tuvieran derecho al haber de retiro o jubilación.

Con relación a la pretensión de cobro de salarios caídos por el período en que el agente había revistado en situación pasiva, mencionó que ese encuadre se había fundado en lo establecido por el art. 49, inc. f), de la ley 21.965, y que aquél permaneció en dicha situación hasta la finalización del sumario administrativo. Seguidamente, sostuvo que lo dispuesto por el art . 79, inc. c), de la mencionada ley debía interpretarse -dado que la norma no distinguía- en el sentido de que, para que le asistiera aquel derecho, era necesario que el agente hu-

biera sido absuelto no sólo en sede penal, sino también en la administrativa; destacó que, como la situación de pasividad del agente había culminado con la cesantía, quedaba en evidencia que el apartamiento del servicio efectivo y la investigación a la que había sido sometido eran justificados.

Por último, en lo referente al rechazo de los gastos de sepelio, el *a quo* señaló que los arts. 874 y concordantes del reglamento de la ley 21.965 supeditaban el otorgamiento de dicho beneficio a favor de los derechohabientes, a que se produjera el deceso de un afiliado (obligatorio o voluntario), condición que -en el caso- no se había mantenido por la cesantía dispuesta (conf. art. 829 de la misma reglamentación); agregó que tampoco existía fundamento normativo alguno para justificar la procedencia de ese rubro en forma autónoma, es decir, no como consecuencia de la afiliación a la obra social. Respecto de otros subsidios pretendidos -que no habían sido individualizados por la recurrente-, sostuvo que, al no haberse desvirtuado la validez del acto administrativo que había dispuesto la cesantía del agente ni la conclusión del juez de primera instancia en cuanto a la improcedencia de conceder el beneficio de pensión a la actora, su pago había sido bien denegado.

-III-

Disconforme, la parte actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 634/644, el que -contestado a f s. 648/649 por la Policía Federal Argentina y a fs. 656/661 por la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federa1- fue denegado, toda vez que, a juicio del *a quo*, lo decidido no se vinculaba con la interpretación de normas federales, sino que se sustentaba en cuestiones de hecho y prueba, materias propias de los jueces de la causa y ajenas, como principio, a la vía prevista por el art. 14 de la ley 48, a lo que se sumaba que la causal de arbitrariedad invocada no era, como regla, susceptible de ser considerada por ese tribunal (v. fs. 670/671).

Sus agravios pueden resumirse en: a) el reconocimiento de la pensión; b) la desestimación del pago haberes caídos durante el servicio pasivo del sargento D; y c) el rechazo del pedido de revocación de la sanción no de cesantía de dicho agente.

Con relación al primero de ellos, aduce que la denegación del beneficio de pensión, con fundamento en que el Sr. D no alcanzó la antigüedad mínima de 17 años al tiempo del cese, omite considerar lo dispuesto en la última parte del art. 7° de la ley 21.965, de modo que deja al cesanteado y a sus familiares en peor situación que la del exonerado

respecto del beneficio de pensión que establece la ley. A su criterio, dicha interpretación se robustece en virtud de la previsión del art. 113 de la misma ley, que fija una distinguir en cuanto a antigüedad ni de la fuerza; agrega que el art. 108 de ese texto legal menciona los casos de pérdida del derecho a pensión sin incluir la cesantía o exoneración como causales ni a los deudos del agente segregado, mientras que el art. 102 detalla los deudos con derecho a pensión y no hace distingo alguno respecto de los del personal cesanteado o exonerado. En apoyo de su postura, cita también lo dispuesto por los arts. 561, 562 y subsiguientes del decreto 1866/83.

Respecto del segundo agravio, tilda de irrazonable la interpretación del *a quo* en relación con el art. 79, inc. c) , de la ley 21.965, en tanto la norma no distingue la sede donde debe recaer la absolución o el sobreseimiento del agente para integrar los haberes caídos en situación pasiva, y afirma que la postura de la cámara se contradice con el principio según el cual tienen distinto alcance el proceso penal y las actuaciones administrativas.

Finalmente, acerca del tercer cuestionamiento a la sentencia recurrida, alega que en ella se omitió realizar un examen razonado de las constancias de la causa, las que -sostiene- 'acreditan hechos primarios sobre la aceptación del rodado sustraído y antecedentes personales en la carrera policial del agente D, que sí modifican lo resuelto por falla en el encuadre de conducta y/o exceso de punición según el estudio del pto. 3.5 supra", en el que reseñó los fundamentos de la expresión de agravios presentada ante la cámara.

-IV-

A mi modo de ver , el recurso extraordinario es formalmente admisible en cuanto se cuestiona lo resuelto acerca de la improcedencia del otorgamiento de un beneficio de pensión a la viuda del agente D y a sus hijos menores (los que, durante el transcurso del proceso, alcanzaron la mayoría de edad) y del no reconocimiento de haberes caídos a favor de este último durante el tiempo que permaneció en servicio pasivo, en tanto se encuentra en tela de juicio el alcance y la interpretación de disposiciones de naturaleza federal (ley 21.965 y decreto 1866/83) y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido adversa a los derechos que la apelante funda en aquéllas, tal como lo establece el art. 14, inc. 3°, de la ley 48. Al respecto, 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 punto disputado, según interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 326:2880).

En cambio, con relación a los agravios referentes al rechazo del planteo de nulidad de la cesantía de dicho agente, desde mi punto de vista sólo traducen una mera discrepancia con las razones de hecho y prueba que fundan el fallo del *a quo*, cuya evaluación es materia privativa de los jueces de la causa y, por ende, ajena, en principio, a su revisión por la vía excepcional del art. 14 de la ley 48 (doctrina de Fallos: 318:73; 324:436, entre otros) , máxime cuando, como acontece en el *sub examine*, el pronunciamiento cuenta con suficientes fundamentos de la citada índole que, al margen de su acierto o error, bastan para sustentarlo y excluir su descalificación en los términos de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias (Fallos: 317:226; 323:2879, entre otros).

A lo dicho se añade que la reiteración de argumentos expuestos en instancias anteriores, sin desvirtuar las razones del fallo, evidencia que los agravios reflejan una mera expresión de disconformidad que no es idónea para fundar el recurso (v. Fallos: 325:1905; 330:2255, entre muchos otros).

En efecto, de la lectura del escrito de interposición del recurso extraordinario se desprende que esa es la situación que se presenta en el caso pues, para fundar la alegada omisión de un examen razonado de las constancias probadas en la causa, las que -según entiende la actora- demostrarían la ilegitimidad de la sanción de cesantía aplicada al Sr. D, la recurrente se limita a reiterar las razones expuestas en la anterior instancia (v. punto 7.II.3, que remite al punto 3.5 del mismo escrito, en el cual se reprodujeron las manifestaciones contenidas en la expresión de agravios presentada ante la cámara).

-V-

Ante todo, encuentro necesario señalar que si bien la cámara entendió que la cuestión relativa al derecho a obtener la pensión global mínima a la que se refiere el art. 113, inc. b), de la ley 21.965 había sido introducida tardíamente al proceso, esa pretensión -desde mi punto de vista- encuentra sustento en el escrito presentado por la actora a f s. 76 ("Modifica demanda. Integra pretensión. Amplía reclamo"), en cuyo apartado VI expuso que, sin perjuicio de los restantes rubros que incluía en su demanda, "se reclama también el beneficio de pensión en las proporciones que legalmente le corresponde a mi representada y sus hijos menores".

En efecto, de los términos del escrito de demanda de fs. 25/33 podría entenderse que la pretensión de que se les reconociera una pensión a los derecho-habientes del exsargento resultaba accesoria del planteo de nulidad de la sanción de cesantía aplicada a éste; sin embargo, la modificación o ampliación de la demanda de fs. 76 me convencen de que el pedido de otorgamiento del beneficio de pensión fue efectuado, asimismo, en forma autónoma y con independencia de lo que se resolviera en cuanto a la cesantía dispuesta respecto del Sr. D.

Es cierto que, en aquella oportunidad, la actora no fundó su pretensión en lo dispuesto por el art. 113, inc. b), de la ley 21.965; sin embargo, en mi opinión ello no puede resultar un obstáculo para juzgar su procedencia pues, según doctrina del Tribunal, 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* o jurisdicción) de conformidad con la atribución *iura curia novit*, principio que 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; en esa oportunidad, V.E. remarcó 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 (Fallos: 337:1142 y sus citas).

Sentado lo anterior, cabe recordar que el Tribunal tiene dicho que es principio de la hermenéutica jurídica que, en los casos no expresamente contemplados, debe preferirse la interpretación que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la norma, así como que no es método recomendable en la interpretación de las leyes, el de atenerse estrictamente a sus palabras, ya que el espíritu que las informa es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, y lo que ha de perseguirse es una valiosa interpretación de lo que las normas jurídicamente han querido mandar. También ha sostenido que las cuestiones suscitadas en el ámbito de la previsión social deben ser tratadas otorgando prevalencia a los fines tuitivos de las normas de la materia, y que las leyes de previsión social requieren una máxima prudencia, ya que la inteligencia que se le asigna puede llevar a la pérdida de un derecho o su retaceo (Fallos 330:2093 y sus citas).

En esa línea interpretativa, cabe destacar que del precedente de Fallos: 306:1801 (caso "Lavagnini de Milloc") se desprende que el art. 113 de la ley 21.965, si bien no era ese caso en razón de su vigencia temporal, apuntalaba la interpretación de que el art. 35, inc. 7°) del de-

creto 333/58 -al cual derogó- reconocía el beneficio pensionario cuando no se alcanzaba el mínimo de servicios necesarios para la obtención del haber de retiro; interpretación ésta que mejor se compadecía con la naturaleza asistencial del beneficio que contemplaba (v. dictamen de este Ministerio Público del 6 de abril de 1998 en la causa C. 380, L. XXXIII, "Coronado de Quevedo, María Susana c/ Caja de Retiros , Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal", cuyas consideraciones fueron compartidas por el Tribunal en su sentencia del 8 de septiembre del mismo año).

En la causa M. 881, L. XXIX, "Moreno, Ricardo Oscar c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal", sentencia del 11 de abril de 1995, V.E. mantuvo el criterio sentado en la causa "Lavagnini".

Por otra parte, en la citada causa "Coronado de Quevedo", esa Corte desestimó recurso extraordinario interpuesto por la Caja demandada, sobre la base de entender -al hacer suyos los fundamentos y las conclusiones de este Ministerio Público- que la apelante no había desvirtuado la interpretación sostenida por la cámara según la cual la circunstancia de que el extinto exoficial Quevedo hubiera sido exonerado de la fuerza policial antes de cumplir el tiempo mínimo de servicio exigido por el art. 7° de la ley 21 965 no impedía que sus deudos tuvieran derecho a que se les otorgara la pensión mínima prevista por el art. 113, inc. a), de la citada ley.

En el caso, se trata, no de un miembro de la fuerza policial sancionado con la exoneración, sino declarado cesante, es decir, que se le aplicó una sanción de menor gravedad que al causante del precedente antes citado, a cuyos deudos igualmente se les reconoció el derecho a gozar de la pensión global mínima a la que se refiere el art. 113 de la ley 21.965, a pesar de que aquel exoficial no contaba -al igual que el fallecido exsargento D - con la antigüedad mínima a la que se refiere el art. 7° de la misma ley.

En tales condiciones, y dada la analogía que presenta el *sub examine* con el precedente "Coronado de Quevedo", entiendo que corresponde reconocer a la parte actora el derecho a gozar de la pensión global mínima a la que se refiere el art. 113, inc. b), de la ley 21.965.

-VI-

Con relación a los agravios vertidos respecto del no reconocimiento de las diferencias salariales que la actora entiende que se generaron a favor del exsargento D durante el tiempo que permaneció en servicio

pasivo, cabe recordar que el art. 49 de la ley 21.965 -en concordancia con el art. 46 de la misma ley- dispone que el personal en actividad revistará en servicio pasivo cuando se encuentre (d) etenido o sometido a proceso judicial, cuando el hecho que dio motivo a la medida revele grave indignidad o afectare manifiestamente al prestigio de la Institución, mientras se sustancie la causa disciplinaria emergente" (inc. 'f"). Asimismo, de acuerdo con el art. 79, inc. c), del mencionado texto legal, el personal policial en actividad en situación pasiva percibirá el del total de las remuneraciones correspondientes al servicio efectivo; a continuación, la norma agrega que "(e) 1 personal que reviste en esta situación por detención o proceso y fuera absuelto o sobreseído, percibirá la diferencia de haberes que no se le hubiere abonado durante el tiempo que haya durado esa situación".

Es decir, de conformidad con lo establecido por las citadas normas, el personal policial en actividad que es detenido o sometido a un proceso judicial, siempre que el hecho que dio motivo a ello revele grave indignidad o afectare manifiestamente al prestigio de la Institución, pasa a revistar en servicio pasivo **mientras se sustancia la causa disciplinaria emergente**; en esa situación de revista, percibirá el 50% del total de las remuneraciones correspondientes al servicio efectivo, y únicamente le corresponderá cobrar la diferencia de haberes que no se le hubiere abonado durante el tiempo que haya permanecido en servicio pasivo **si fuera absuelto o sobreseído.**

En sus agravios, la recurrente aduce que, como la norma no distingue la sede -judicial o administrativa, se entiende- en la que debe recaer la absolución o sobreseimiento del agente para que proceda el reintegro las diferencias de haberes no percibidas en situación pasiva, resulta irrazonable interpretar -como hizo la cámara- que se requiera la absolución o el sobreseimiento no sólo penal, sino también en la esfera administrativa.

Ahora bien, dado que, justamente, esta norma no distingue entre la absolución o el sobreseimiento en sede judicial y los que pudieran recaer en la instancia administrativa, considero que la exégesis a la que arribó el a quo resulta ajustada a derecho.

Así lo pienso, en primer lugar, porque el art. 49, inc. f), de la ley 21.965 dispone que la permanencia en situación pasiva del personal policial en actividad "detenido o sometido a proceso judicial, cuando el hecho que dio motivo a la medida revele grave indignidad o afectare manifiestamente al prestigio de la Institución" se mantendrá "mientras se sustancie la causa disciplinaria emergente", y no la limita a la

conclusión de la causa judicial por absolución o sobreseimiento, que bien podría suceder antes de que finalizara el sumario administrativo.

Además, si se considera que el art. 79, inc. c), de la misma ley establece que el personal policial en actividad en situación pasiva debe percibir el del total de las remuneraciones correspondientes al servicio efectivo, y dado que esa situación -como se dijo- se extiende hasta la culminación la causa disciplinaria emergente (v. art. 49, inc. 'f") no tendría sentido que, a continuación, la norma habilitara la percepción del total de las remuneraciones al personal actividad respecto del cual hubiera recaído absolución o sobreseimiento en el ámbito judicial, aun cuando continuara en servicio pasivo por no haber concluido el sumario administrativo respectivo.

Cabe aquí recordar la doctrina de esa Corte según la cual la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen, por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos; desde esa compresión, el Tribunal ha destacado que la primera fuente de interpretación de la leyes es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu (Fallos: 338:488 y sus citas).

En segundo término, es dable destacar que, cuando la ley para el personal policial quiso hacer referencia concreta a la absolución o el sobreseimiento que pudiera recaer en sede judicial, lo hizo expresamente, tal como surge del art. 117.

Por otra parte, del texto del decreto 1866/83 (reglamentario de la ley 21.965) se desprende que los términos "absolución" y ''sobreseimiento" son empleados también para aludir a las decisiones que se adopten en el marco de la aplicación del régimen disciplinario de la fuerza policial para evaluar la conducta de su personal . Así surge de los arts . 663 -inc. b)- 667 a 671, 678, 681 y 716.

En tal contexto, resulta razonable interpretar que, si no media absolución o sobreseimiento también en el ámbito disciplinario (tal como aconteció en el caso del exsargento D, respecto del cual el sumario administrativo culminó con su cesantía) no corresponde reintegrar el porcentaje de haberes no percibido por el personal policial en actividad en situación pasiva, aun cuando éste hubiera sido absuelto o sobreseído en sede judicial.

-VII-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario interpuesto por la actora; revocar , en forma parcial , la sentencia apelada; y disponer que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento, con arreglo a lo expuesto en el acápite V. Buenos Aires, 30 de abril de 2019. *Laura M. Monti*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de febrero de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Lencina, Ramona Magdalena y otros c/ Policía Federal Argentina s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que esta Corte comparte los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal –salvo lo expresado en el acápite V– a cuyos términos corresponde remitir por razones de brevedad.

2°) Que a fin de precisar el alcance de los arts. 7° y 113 de la ley 21.965 debe recordarse que una interpretación *situada*, coherente y que no pierda de vista los objetivos centrales de los mandatos constitucionales, exige asumir con convicción, pero sin fanatismo, la presunción de no contradicción del ordenamiento jurídico en general. Esta exégesis se sitúa, en este caso concreto, en el *contexto* de la previsión social, en el cual las normas deben ser tratadas otorgando prevalencia a los fines tuitivos que procuran y requieren de la máxima prudencia, toda vez que la inteligencia que se les asigna puede llevar a la pérdida de un derecho o su retaceo (arg. doct. Fallos: 330:2093).

Desde esta óptica, una lectura que compatibilice ambas disposiciones con la finalidad asistencial y protectoria que las inspira, lleva a prescindir del tiempo mínimo de servicio previsto por el art. 7° de la ley 21.965 a fin de reconocer a los deudos del agente cesanteado el derecho a gozar la pensión global mínima a la que se refiere el art. 113

de la ley 21.965. De lo contrario, bajo una mirada formalista se convalidaría una desprotección de derechos de carácter alimentario provenientes de un sistema destinado a asegurar a los individuos contra contingencias sociales vinculadas a la vejez, invalidez y fallecimiento, desatendiendo las normas constitucionales que garantizan el derecho de acceso a los beneficios previsionales (arg. doct. Fallos: 340:840, disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible la queja, formalmente procedente el recurso extraordinario interpuesto por la demandada, y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado. Costas por su orden. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a la presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Elena I. Highton de Nolasco (según su voto)– Juan Carlos Maqueda – Horacio Rosatti.

Voto de la Señora Vicepresidenta Doctora Doña Elena I. Highton de Nolasco

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, al cual se remite por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con el referido dictamen, se declara admisible la queja y procedente el recurso extraordinario interpuesto por la demandada, y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance señalado en el acápite V. Costas por su orden. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a la presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Elena I. Highton de Nolasco.

Recurso de queja interpuesto por **Ramona Magdalena Lencina, actora en autos**, representada por el **Dr. Néstor J. J. Rugnone, en calidad de apoderado.**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 3.**

GARÍN, MAURICIO JOSÉ s/ EXTRADICIÓN – ART. 52

EXTRADICION

El art. 5 de la Convención sobre Extradición suscripta en Montevideo en 1933 y aprobada por decreto-ley 1638/1956 es suficientemente claro al consagrar que cuando el individuo es solamente un acusado el pedido de extradición deberá acompañarse con una relación precisa del hecho imputado (inciso b).

EXTRADICION

De acuerdo a la naturaleza del procedimiento de extradición y en función del estándar convencional aplicable resulta ajeno a dicho trámite incorporar mayores exigencias sobre la prueba obrante en el proceso extranjero que da sustento a la imputación extranjera y/o a la materialidad de los hechos en que se apoya, en tanto constituyen cuestiones que conciernen al debate sobre el fondo teniendo en cuenta que en el juicio de extradición no se puede discutir acerca de la existencia del hecho imputado o la culpabilidad del requerido (artículo 30, tercer párrafo de la ley de Cooperación Internacional en Materia Penal 24.767).

EXTRADICION

La sustancia de la imputación en el pedido de extradición - se le reprocha al requerido la modalidad contemplada en el artículo 4° de la ley contra la delincuencia organizada decreto 21-2006 del Congreso guatemalteco - encuentra subsunción, según el derecho argentino y

a los fines de tener por configurado el principio de "doble incriminación", en el artículo 210 del Código Penal argentino, sin que obste a ello la diversa redacción que reconoce el tipo penal que regula ese delito en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados involucrados, según refleja la expresión "cometer algún delito" y "destinada a cometer delitos" de que dan cuenta los respectivos tipos penales.

EXTRADICION

El hecho de que la asociación ilícita extranjera estuviera conformada por el requerido junto a varias otras personas permite tener por cumplido el mínimo de "tres personas" que exige el derecho argentino y, por ende, no surge algún óbice, desde esta perspectiva, para la procedencia de la extradición.

EXTRADICION

Si bien al referirse a la competencia la Convención de Palermo consagra el supuesto de la nacionalidad como regla para que los Estados Parte hagan valer su jurisdicción penal estatal directa, ya sea por vía el principio de personalidad activa (art. 15.2.b) o pasiva (art. 15.2.a.), lo hace en términos facultativos ("podrá").

EXTRADICION

Si bien la asistencia técnica de requerido invocó la reforma que introdujo la ley 27.401 al artículo 1° del Código Penal argentino al incorporar la posibilidad de juzgar en la República Argentina a ciudadanos argentinos por delitos cometidos en el exterior, no tuvo en cuenta que ese precepto legal solo habilitó a que así fuera para el delito previsto en el artículo 258 bis cometido en el extranjero, supuesto ajeno al de autos si se tiene en cuenta que la extradición del requerido solo se solicitó por los delitos de asociación ilícita y lavado de activos u otros.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La titular del Juzgado Criminal y Correccional Federal n° 1 rechazó la solicitud de extradición formulada por la República de Guatemala, respecto de Mauricio José G por su posible intervención en los delitos de asociación ilícita y lavado de dinero u otros activos. Para adoptar esa decisión, consideró -en síntesis- que la insuficiente información acompañada con el pedido obstaba a su procedencia (fs. 558/573).

Contra esa sentencia la señora fiscal actuante interpuso recurso de apelación ordinario con arreglo al artículo 33 de la ley 24767, que fue concedido (fs. 575/585 y 586). Elevadas que fueron las actuaciones, V.E. confirió intervención a esta sede para fundamentar la impugnación (fs. 590).

-II-

Cabe señalar con carácter previo, que a partir de la doctrina asentada en el precedente "Callirgós Chávez" (Fallos: 339:906), *"el apelante deberá limitarse a la mera interposición del recurso"*, en función de lo previsto por el artículo 245 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que resulta de aplicación al recurso ordinario de apelación en materia de extradición en atención a lo dispuesto por el artículo 254 del mismo cuerpo legal, sin que sea repugnante a la naturaleza de este procedimiento ni a las leyes que lo rigen.

En el caso, la fiscal recurrente incumplió con esa manda legal, por lo que correspondía que la juez *a quo* devolviera el escrito de fojas 575/585, previa anotación en el expediente con indicación de la fecha de interposición del recurso y del domicilio que se hubiese constituido.

Sin perjuicio de ello, de considerarlo pertinente el Tribunal, *"con el fin de evitar la demora que acarrearía … encauzar la situación como es debido"*, podría -de modo análogo a cuanto se proveerá en el ámbito de este Ministerio Público- *"exhortar al juez de la causa para que, en lo sucesivo, ajuste el trámite a las pautas legales que rigen el procedimiento según lo señalado"* (CFP 683/2015/CS1 *in re* "Polo Pérez, Johnny Omar s/extradición art. 52", resuelta el 5 de septiembre de 2017, y sus citas del considerando 5°).

-III

Al igual que al expedirme in re "D, Gastón Heberto s/extradición", "V, Yaakov Kopul s/extradición", "H G, Lucas Martín y otros s/extradición", y "P K, Leonarda s/extradición" (exptes. FRO 24816/2014/CS1, CFP 7264/2016/CS1, CFP 1540/2017/CSl y CFP 20764/2017/CS1, dictámenes del 14 de junio de 2017, del 1° y 9 de febrero y del 15 de agosto de 2018, respectivamente), estimo oportuno referirme a una cuestión formal vinculada -como surge del auto de fojas 590- con el plazo para la presentación del memorial en casos como el *sub judice*.

Al dictar sentencia el 16 de febrero de 2016 *in re* "Rigaud, Daniel Phillippe s/ extradición" -expte. CSJ 253/2014 (50R)/CS1- y tal como se cita en el auto de fojas 120, V.E. señaló *"la conveniencia de que, en lo sucesivo, en la sustanciación de apelaciones ordinarias interpuestas por el Ministerio Público Fiscal en el traslado para fundar el recurso, se explicite que se formula por diez días, bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado, en el marco de lo dispuesto por el artículo 280, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación"* (considerando 8°).

Aun cuando desde entonces esta Procuración General ha observado esa nueva interpretación del plazo, habré de insistir en la solicitud de reconsideración de esta cuestión para lo futuro, con fundamento en que después de aquel pronunciamiento el Tribunal se ha integrado en su totalidad y ello podrá enriquecer el debate a partir de la ponderación de los siguientes argumentos.

La razón esencial para seguir ese criterio radica en que la intervención de este Ministerio Público en procesos de esta naturaleza excede la mera calidad de *"parte apelante"*. En efecto, ella resulta imperativa por la función de representar *"en el trámite judicial el interés por la extradición"* asignada en el artículo 25 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal 24767. Cabe recordar que esa representación no es subsidiaria, pues se mantiene aun cuando el Estado requirente haya tomado la intervención *"como parte en el trámite judicial por medio de apoderados"* que autoriza el segundo párrafo de ese precepto.

Esa previsión legal abona el carácter *sui generis* que cabe atribuir al rol que ejerce el Ministerio Público en estos expedientes y permite afirmar que -en su caso- la calidad de *"parte"* correspondería al Estado que se presenta en las actuaciones en esos términos, pues su objetivo -a diferencia del que guía al fiscal- se dirige exclusivamente a que prospere la extradición solicitada.

El temperamento que postulo también se sustenta en la obligada actuación que, incluso desde el inicio de la causa, le imponen a este órgano los artículos 22, 29, 33, 46 a 48 de esa norma, referidos a su presentación judicial, identificación del requerido, su excarcelación y arresto provisorio. Asimismo, el artículo 3° segundo párrafo, de la ley 27148, prevé que *"interviene y gestiona en el país todos los pedidos de extradición realizados por otros Estados"*.

Según lo veo, esa especial calidad de *"parte"* que el legislador le asignó en esta clase de procesos, también responde al carácter de *"magistratura de control"* que el Ministerio Público Fiscal ejerce de conformidad con el artículo 120 de la Constitución Nacional, y que V.E. ya había reconocido en el precedente de Fallos: 311:593, *"a fin de custodiar el orden público y la defensa del orden jurídico en su integridad"* (página 596). Con directa referencia a juicios de extradición y a que su actuación en esos casos no es en el ejercicio de la acción penal pública sino para vigilar el fiel cumplimiento de las leyes y reglas de procedimiento, ese rol funcional ha sido destacado, bajo la vigencia del Código de Procedimientos en Materia Penal, en Fallos: 11:1925 y 319: 1464; y, ya sancionada la ley 24767, esa doctrina se mantuvo en Fallos: 330:2507.

En esa misma inteligencia y con mayor precisión, en el precedente ''Peyrú" (Fallos: 316:1853) sostuvo que concedido el recurso ordinario de apelación contra las sentencias dictadas en materia de extradición, debe darse vista al Procurador General, *"pues él no se halla equiparado a una parte particular en el proceso"*. Este criterio fue reafirmado in re "Green" (Fallos: 317:1498).

En similar sentido, cabe agregar que las particularidades descriptas autorizan a sostener que el planteo que efectúo no compromete en modo alguno el *"principio de igualdad de armas"* que debe regir con la defensa del *extraditurus* (Fallos: 328:3233), pues es claro que la singular intervención que compete al Ministerio Público tanto en primera instancia como ante V.E., reviste ese carácter mixto que -en muchas ocasiones- incluso redunda en beneficio del requerido.

Así las cosas, estimo que la estricta interpretación del artículo 280, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación realizada *in re* "Rigaud". no consulta acabadamente los alcances del cuadro normativo y jurisprudencial reseñado ni su incidencia en los supuestos de apelaciones ordinarias deducidas por los fiscales federales contra fallos adversos a la extradición, lo cual implica la incorporación de una severa limitación práctica a las funciones propias que desde esta sede se ejercen ante la Corte en la materia.

En razón de ello y sin perjuicio de la observancia del temperamento en cuestión en el *sub judice*, solicitaré al Tribunal que reconsidere para lo sucesivo la inteligencia del plazo aplicable efectuada en el precedente citado.

-IV-

En virtud de esos mismos principios que gobiernan la actuación del Ministerio Público en los procesos de esta naturaleza, resulta pertinente la siguiente consideración en lo referido al instrumento internacional bajo el cual debe ser examinada la extradición que ha solicitado la República de Guatemala.

Constituye una regla general en esta materia que, ante la existencia de tratado, la solicitud de extradición debe regirse según sus previsiones (art. 2° ley 24767 y Fallos: 319:531, 324:1564 y 332:1309, entre otros). Esa pauta determina que en las presentes actuaciones resulte aplicable, como juzgó la magistrada interviniente y al igual que en el precedente publicado en Fallos: 330:3673, la Convención Interamericana de Extradición suscripta en Montevideo de 1933, aprobada en nuestro país por el decreto-ley 1638/56, que también rige en la República de Guatemala, donde fue ratificada por decreto 2145 de la Asamblea Legislativa del 1° de abril de 1936 y por el Poder Ejecutivo el 12 de mayo siguiente.

Sin perjuicio de ello y en atención a la naturaleza de los hechos a los que se refiere el pedido, para su análisis también corresponde acudir al texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en la que Guatemala lo ha fundado específicamente (fs. 277, 346 y 352) y que, asimismo, ha sido ratificada por la República Argentina a través de la ley 25632.

Así lo considero con arreglo a los propósitos favorables a la cooperación internacional y a la justicia universal que inspiran el instituto de la extradición (Fallos: 324:3484 y 328:3193, entre muchos otros), como también en virtud del compromiso que mediante ese último instrumento internacional han adoptado las naciones para cooperar en la prevención y combate más eficaz contra la delincuencia organizada transnacional (art. 1°), y por tratarse de un acuerdo multilateral que contiene normas específicas sobre la materia sustancial que involucra el caso y constituye ley suprema de la Nación (art. 31 de la Constitución Nacional y Fallos: 317:1282; 321:1031; 323:3160; 324:204; 325:2703; 330:1572).

El temperamento que propicio, por lo demás, también se fundamenta en la regla *pacta sunt ser vanda* del artículo 26 de la Conven-

ción de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, particularmente, en su artículo 30.3, que prevé la aplicación preferente de las normas de un tratado posterior entre las partes en lo concerniente a una misma materia, sobre las de uno anterior no terminado ni suspendido.

En esa inteligencia y sin que ello importe modificar la calificación legal adoptada en el pedido de entrega. cuestión vedada al Estado requerido (Fallos: 329:1245; 339:1622, entre otros), es que -en lo pertinente- habré de examinarlo teniendo presente ambos instrumentos. máxime cuando la República de Guatemala se ha ocupado de invocar y transcribir en la solicitud las normas específicas en materia de extradición de aquella Convención (arts. 3° y 16, entre otros).

Este criterio integrador -*mutatis mutandis*- ha sido utilizado por V.E. al resolver, por ejemplo, en el precedente "Arla Pita", referido a un pedido de extradición de Estados Unidos de América por asociación ilícita destinada al tráfico de estupefacientes (Fallos: 325:2777), donde hizo aplicación tanto del acuerdo bilateral aprobado por ley 25126 como de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas aprobada en Viena en 1988, cuyo artículo 6° -también referido a la extradición- establece en su punto 2 un principio de especificidad idéntico al del artículo 16.3 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Sin perjuicio de la vigencia de la ley 24767, a esa misma convención acudió el Tribunal al dictar sentencia en los expedientes "Ralph" y "Bortolotti" cuando, ante la ausencia de tratado, la República de Portugal y la República de Francia fundaron en sus previsiones las entregas que solicitaron (323:3055 y 335:942, respectivamente). También cabe recordar que al resolver en el precedente publicado en Fallos: 318:2148. V.E. integró el tratado aplicable con la República de Italia con otras normas de derecho internacional.

Sin perjuicio de cuanto se agregue al examinar el requisito de doble incriminación, para concluir este esquema instrumental corresponde señalar que el artículo 16.3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, establece que *"cada uno de los delitos a los que aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a la extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte…"*. Por su lado, el punto 1 del citado artículo prevé su aplicación *"a los delitos comprendidos en la presente Convención o a los casos en que un delito al que se hace referencia en los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 3 entrañe la participación de un grupo delictivo organizado y la persona que es objeto de la solicitud de extradición se en-*

cuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido". Por último, su párrafo 2 determina que *"cuando la solicitud de extradición se base en varios delitos graves distintos, algunos de los cuales no estén comprendidos en el ámbito del presente artículo, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de estos últimos"*.

Para finalizar este aspecto, cabe agregar por su relevancia frente las características del hecho por el que se reclama a G, que el artículo 3° del citado instrumento internacional. contempla su aplicación *"1… a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de: a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención; y b) Los delitos graves que se definen en el artículo 2 de la presente Convención: cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado. 2. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo, el delito será de carácter transnacional si: a) Se comete en más de un Estado; b) Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;..."*.

-V-

Al ingresar al fondo del asunto, advierto que la conclusión de la juez *a quo* es producto de una valoración errónea y fragmentaria de los elementos incorporados al legajo, lo cual constituye causal de arbitrariedad que descalifica su pronunciamiento como acto jurisdiccional válido.

A. Así lo considero porque, en primer lugar, sustenta la supuesta insuficiencia del pedido de extradición en la omisión de haberse acompañado las normas penales referidas a la totalidad de los delitos que se enuncian en la nota verbal de la Embajada de Guatemala en nuestro país por la cual fue solicitada. Sin embargo, si bien en esa presentación se hizo referencia -al igual que en ocasión de peticionarse el arresto provisorio- a la comisión de *"múltiples delitos, entre ellos tráfico de influencias, cohecho activo, cohecho pasivo, lavado de dinero, enriquecimiento ilícito, fraude y colusión"* por parte del *"grupo criminal"* que habrían integrado las personas que allí se mencionan, lo concreto es que en ambas etapas la solicitud respecto de Mauricio José G se circunscribió a los delitos de asociación ilícita y lavado de dinero u otros activos, previstos en los artículos 4° de la Ley contra la Delincuencia

Organizada y 2° de la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos del Estado requirente, cuyos textos auténticos y transcripción fueron aportados (fs. 109, 111, 281, 292/294 y 346/351).

A similar conclusión corresponde arribar en cuanto al supuesto incumplimiento del artículo 5°, inciso "b", de la Convención Interamericana de Extradición ante la omisión de acompañar el texto auténtico del artículo 442 del Código Penal de Guatemala, que también ha sido observada como un impedimento en la sentencia, pues la mera referencia a esa norma -que penaría el cohecho activo- en la Nota Verbal n° 69/S11—2017 (fs. 249/250) no constituyó petición alguna de la entrega al respecto, razón por la cual el argumento del fallo en tal sentido resulta vacuo. Esta conclusión se fortalece al advertir que la posterior presentación del formal pedido de extradición tampoco abarcó esa conducta (fs. 346/351 Y documentación allí aportada -fs. 276/345-).

B. En segundo término, respecto del delito de lavado de dinero u otros activos, la sentencia se funda -por un lado- en la imprecisa y dogmática descripción que el tribunal requirente efectuó de los hechos que lo conformarían, el cual -se afirma- no expuso las circunstancias de modo, tiempo y lugar de las supuestas transferencias que se enuncian. Por el otro, la juez *a quo* señala como deficiencia para alcanzar los extremos típicos de la ley argentina, que se carece de elementos indicativos del ilícito penal precedente, tal como lo prevé el artículo 303 de nuestro Código Penal.

En cuanto al primer aspecto, este Ministerio Público observa que se ha pasado por alto que la resolución judicial guatemalteca por la cual se dio impulso al pedido de extradición, cuya parte dispositiva -obrante por escrito a fojas 341- debe integrarse con el audio de sus fundamentos transcripto a fojas 414/416 (ver auto de fs. 362), y a la vez se integra (ver fs. 416 vta.) con el respectivo requerimiento planteado por la auxiliar fiscal e incorporado a fojas 277/288; el cual resulta sustancialmente análogo al acompañado con el pedido de arresto provisorio (fs. 106/114) que consta incluido como prueba documental en la sentencia apelada, donde también fue reseñado (fs. 563/565).

No obstante lo así considerado en la sentencia recurrida y en virtud de la deficiencia invocada por la juez *a quo*, corresponde destacar que de la lectura de la presentación de la fiscalía de fojas 277/288, surge -en síntesis- que el requerido junto con las demás personas (tanto servidores públicos como particulares) allí mencionadas, tomaron intervención en la operación vinculada con la construcción de una terminal de contenedores en Puerto Quetzal en pos de obtener réditos que

pudiera generar esa contratación por medio del cobro de comisiones en contratos con el Estado, así como asignación de obras y servicios, entre otros. En ese contexto, Mauricio J. G se habría desempeñado como intermediario entre Terminal de Contenedores de Barcelona y las autoridades gubernamentales de Guatemala para formular y administrar el cronograma de pagos de comisiones millonarias -de las que también resultó beneficiario- como contraprestación para adjudicar, sin la correspondiente licitación pública y a través de un cúmulo de ilegalidades, el proyecto de construcción portuaria a la entidad española por medio de su filial Terminal de Contenedores P Q S.A. Con conocimiento de esa ilicitud, se le imputa haberse encargado de la realización de los pagos de dichas comisiones ilícitas abonadas por Terminal de Contenedores P Q S.A., los cuales circularon a través de una compleja red de operaciones financieras en diversos países y confluyeron en Guatemala, donde fueron distribuidos entre los partícipes de los delitos a través de empresas de intermediación financiera y transporte de valores contratadas por su copartícipe Jonathan Harry C, con quien G coordinó para la administración del dinero de origen ilícito que fue recibido por funcionarios públicos y particulares a cambio de celebrar el contrato. Los nombrados fueron presentados por Juan Carlos M R, y ambos se encargaron de las transacciones y la entrega del dinero en Guatemala por un monto aproximado de US$ 24.500.000, el cual fue captado mediante la simulación de operaciones comerciales y facturaciones de servicios no prestados entre empresas bajo control de C y C S.A., contratista de Terminal de Contenedores Q S.A.

Además de esa descripción, la actuación del reclamado en el rol que se le imputa también ha sido *prima facie* acreditada con las referencias que a su respecto surgen de los correos electrónicos transcriptos a fojas 299/309, cuya consideración ha sido igualmente omitida en la sentencia. En esos mensajes, algunos de los restantes intervinientes en la maniobra lo aluden por su nombre o como *"los argentinos"* y de esos textos se infiere su calidad de intermediario. En especial, cabe destacar que se le indica *"no necesito más promesas, necesito hechos"* -fs. 300-, o se menciona el *"papel fundamental de argentinos"* -fs. 301/302-; como así también la *"preocupación por el hecho de que él* [se refiere a un tercero de nombre Gregorio*] cree que hay una estrategia clara para dejar afuera al grupo de los argentinos o, en el mejor de los casos, recortar fuertemente su parte y además ponerlos en el furgón de cola para cobrar... Lo inquietante es que entonces me habló de un contrato firmado entre TCB y los argentinos en el que parece ser hay una cláusula de* 'right of first refusal' *que podría im-*

pedir que TCB lleve a cabo el proyecto si no se respeta lo pactado con ellos (que me aclaró que son los 5.5 pese a que en ese contrato figura una cifra mayor)…Resultó que tenía una copia del contrato, me leyó que la cifra es 6+6… no me dejó ver nada más sin autorización de los argentinos" -fs. 307/308-; y se expresa que *"hoy me llamó Mauricio (el argentino) para comentar como estaban las cosas y respecto de la ronda de contactos previstos con la banca local… En su opinión deberíamos mantener la actual estrategia de quedarnos tranquilos a la espera de que se cierre el tema sindicatos, ya que considera que es mejor hablar con los bancos con ese tema cerrado y el camino hacia la toma de posesión despejado"* -fs. 309-.

En similar sentido, se han aportado las directas indicaciones que respecto de G efectuó en su declaración como colaborador eficaz el imputado Juan Carlos M R, cuyos extractos lucen a fojas 310/315, de donde -entre otras circunstancias- surge el vínculo entre ambos, la intervención del requerido en una reunión en la ciudad de Cancún (México) donde se habría cerrado la negociación y su función de ser el encargado directo de los pagos y de mirar *"la parte financiera"*, la cual incluso habría continuado a través de otro enviado de las autoridades del gobierno de Guatemala -Rafael E- tras la detención de M R en las actuaciones donde se generó este pedido de extradición, pues aún quedaban pendientes US$ 12.000.000 (fs. 391 de la transcripción íntegra de sus dichos).

También se han acompañado en respaldo de la imputación, constancias con los movimientos migratorios del citado M R y de Mauricio J. G en Guatemala (fs. 319/321) y en México (fs. 334/336), en fecha coincidente con la que a fojas 279 vta. (ap. XII) se atribuye a la aludida reunión en la ciudad de Cancún -25 de marzo de 2013-.

Del mismo modo, de la transcripción de la declaración prestada en el proceso extranjero por el testigo "A" surgen, coincidentemente, varias referencias hacia *"los argentinos"*, *"intermediario latinoamericano"*, *"señores argentinos cobraron una comisión"* y *"grupo de argentinos"* (fs. 402/413, en especial fs. 405 vta., 408 vta., 410 y 410 vta.).

En cuanto a la invocada insuficiencia respecto de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se habría cometido el delito de lavado de dinero u otros activos, y los medios de que se habría valido G para poder obtener y distribuir los fondos, es pertinente señalar que a fojas 249/250 la representación diplomática de la República de Guatemala informó, en efecto, que *"por el momento no es posible para la Fiscalía poder indicar [los]"* , aunque también comunicó que *"para*

ser probados, dependen de la información que pudiesen brindar los países correspondientes, a través de las asistencias internacionales, por lo que ***hasta la fecha*** *ese Ministerio cuenta con los medios de investigación que fueron enumerados"* (énfasis añadido).

Esa información. por lo demás, resulta coherente con cuanto surge de los dichos que como colaborador eficaz brindó el antes indicado M R, quien al aludir a este aspecto de la maniobra relató que *"logré hacer la reunión con C y Mauricio G y el otro argentino nuevamente ... y les presenté a C…y por primera vez ellos me dijeron que era la otra única persona que iban a aceptar, de que tocara los temas financieros del proyecto, esa reunión . sirvió para saber a qué se dedicaba C y si tenía la capacidad específica para poder meter el dinero aquí en Guatemala o de recibir el dinero de TCB para acá, para Guatemala. Ellos querían saber y le escrudiñaron a C de todo y C … le indicaba para qué servía realmente … toda su cartera financiera y ... les dijo …que había trabajado anteriormente casos similares, no les dijo nombres ni nada pero sí les dijo que no se preocuparan, que él podía hacerles cualquier transferencia de donde sea a cualquier país del mundo y que no se preocuparan que él tenía las empresas, las patentes idóneas para poder hacer los trabajos que ellos le dijeran y todo, estuvieron con C en esos días me piden que C fuera a España. Yo también tengo que solicitar para que C vaya para allá ... Y efectivamente C se fue para España . arreglando toda la parte financiera. El me escribía … me decía mirá me están pidiendo de todo … todos los días me cambian el concepto de las facturas, yo se las cambio, ya les presenté una cantidad de empresas, ya les presenté todas las opciones, cómo facturarles, estudios, consultorías, servicios de construcción, todo, en cualquier país ya les dije que en Europa, en China, en América del Sur, me dijo también que en Estados Unidos salvo, pero el monto es pequeño así que no me preocupa. En fin, le dio todo, pero todo a cada rato se lo cambiaban... Al final se vino C pero todo cambiado, todo como para empezar a recibir los primeros diez millones de dólares …"* (fs. 382/ vta. de la transcripción).

Hasta aquí, los elementos relevantes que han sido acompañados para describir la maniobra por la que se solicita la entrega y que estimo arbitrariamente evaluados en la sentencia.

-VI-

Desde ese punto de vista, al examinar los recaudos que la juez *a quo* consideró insuficientes para la procedencia de la extradición, ade-

lanto que al estimar cumplido lo previsto en el artículo del artículo 5°, inciso "b", de la Convención Interamericana de Extradición, habré de mantener la impugnación interpuesta por la representante del Ministerio Público.

En efecto, es posible advertir, tanto por el grado de certeza propio de la etapa judicial en cuya virtud se reclama a G para someterlo al proceso extranjero, cuanto con la naturaleza de estas actuaciones de extradición, que la intervención que allí se le reprocha se vincula de modo relevante con los aludidos pagos de comisiones ilegales relacionadas con la contratación irregular de aquella obra pública y con la circulación de esos fondos hasta su efectiva concreción.

Es oportuno recordar, que el procedimiento de extradición no reviste el carácter de un verdadero juicio criminal pues él no envuelve, en el sistema de legislación nacional sobre la materia, el conocimiento del proceso en el fondo, ni implica decisión alguna sobre la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido, con los hechos que dan lugar al reclamo (art. 30 de la ley 24767 y Fallos: 323:1755; 324:1557; 330:3977).

Asimismo, como consecuencia de ese principio, V.E. se encuentra inhabilitada para valorar si la prueba acompañada alcanza para la imputación por la que se solicita la ayuda (Fallos: 328:17), sino que le corresponde examinar lo referente a la identidad del requerido y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes o tratados aplicables a las naciones extranjeras (Fallos: 311:2518 y sus citas).

-VII-

Bajo esos criterios y a los fines de estas actuaciones, es posible afirmar que la somera descripción de los hechos por los que se requiere la extradición de G permite considerar que la conducta que se le reprocha resulta encuadrable en el delito de lavado de dinero u otros activos. En efecto, la norma penal guatemalteca prevé que comete ese delito *"quien por sí o por interpósita persona: a) invierta. convierta, transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito; b) adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito; c) oculte o impida la determinación de la verdadera naturaleza, el*

origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o de derechos relativos a tales bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito". La pena contemplada para el responsable es de prisión inconmutable de seis a veinte años, multa, comiso y publicación de la sentencia (arts. 2° y 4° de la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, decreto 67-2001, ver fs. 281/282 y 294).

Por su parte, el artículo 303, inciso 1°, del Código Penal Argentino reprime con pena de prisión de tres a diez años y multa al que *"convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil … sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí"*.

A. El cotejo de ambos textos específicos y la reseña de los hechos antes efectuada, cuya valoración -reitero- ha sido omitida en la sentencia, no dejan duda de la acreditación al respecto del requisito de doble subsunción (art. 1°, inc. "b", de la Convención Interamericana de Extradición), pues la sustancia de la infracción -que tampoco ha sido puesta en crisis en el trámite del expediente- resulta incuestionable ante la suficiente simetría entre ambas normas (conf. Fallos: 331:505, disidencia de los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay), sin que -por lo demás- resulte exigible la precisión que reclama la defensa en cuanto a las acciones comisivas (fs. 462 vta.) por la etapa de trámite en que se encuentra el proceso extranjero, a la que el país requirente ha hecho referencia a fojas 249/250, y porque -a todo evento- se trata de una defensa de fondo que deberá ser introducida ante la justicia guatemalteca. Adviértase que esa pretensión conduciría a examinar aquí -en exceso de lo previsto en el artículo 5°, inciso "b", de aquella convención- el sinnúmero de operaciones internacionales propias de la actividad allí imputada, lo cual desnaturalizaría el objeto de estas actuaciones (Fallos: 314:1132; 318:373; 329:1245).

Este último criterio de V.E. también conduce a desvirtuar el fundamento de la sentencia acerca de la omisión de la República de Guatemala de acompañar los términos del acuerdo de colaboración eficaz celebrado como anticipo de prueba con el procesado Juan Carlos M R (fs. 572), pues más allá de las referencias normativas puntuales

que al respecto pueden extraerse de la transcripción de sus dichos (fs. 368/401), se trata de una cuestión relacionada con la valoración de esa declaración en aquella sede judicial según su derecho interno, y sus efectos para la imputación que allí se dirige hacia G todo lo cual también resulta impropio en estas actuaciones. Así lo ha juzgado V.E. al declarar la improcedencia de agravios sobre la insuficiencia de la prueba para vincular al requerido con el hecho atribuido, pues con ellos se pretende cuestionar la legalidad del procedimiento extranjero (Fallos: 333:1205).

Por lo demás, frente a la consideración de la juez *a quo* en cuanto a que tampoco se cuenta con elementos para acreditar el ilícito precedente (fs. 572), estimo que la descripción de los hechos de corrupción que surge de la documentación acompañada por el Estado requirente antes referida, permite juzgar acreditado ese requisito del tipo con el grado de certeza exigible a la naturaleza de esta clase de procesos y con arreglo al criterio de prueba indiciaria con el que cabe examinar ese elemento de la figura penal en cuestión. En beneficio de la brevedad, habré de remitirme en cuanto a este aspecto a lo dictaminado por esta Procuración General el 29 de abril de 2011 *in re* "B, Nicholas" -S.C. B.434 L. XLVI- apartado XI y su cita.

B. Sin perjuicio de lo expuesto corresponde destacar, en virtud de la remisión que contiene el artículo 16 de la ya citada Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional hacia su artículo 3° y a que éste determina que su ámbito de aplicación incluye el delito tipificado en su artículo 6° , que -en lo que aquí interesa- este precepto regula la *"penalización del blanqueo del producto del delito"* y tipifica *"la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos"* y también *"la participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión"* (art. 6.1.a.i y b.ii).

A todo evento, es oportuno mencionar que más allá de cuanto surge de la descripción formulada en el apartado V, el carácter transnacional de la maniobra investigada por la justicia de Guatemala también se evidencia con la copia de la sentencia de la justicia del Reino de España que aportó la defensa, referida a la extradición solicitada a ese país por los mismos hechos respecto de Ángel P M G, quien se habría

desempeñado como directivo del Grup Maritim TCB y representante legal de la entidad Terminal Especializada de Contenedores de Puerto Quetzal (fs. 433/449).

En virtud de lo hasta aquí desarrollado y así examinada a los fines de la extradición la conducta que en este aspecto se imputa a Mauricio José G, encuentro suficientemente acreditado desde ambos regímenes el requisito respecto del delito de lavado de dinero u otros activos (art. 1°, inciso "b", de la Convención Interamericana de Extradición).

En cuanto a la restante calificación en la que se ha fundado la solicitud, esto es, el delito de asociación ilícita, observo que la sentencia ha omitido toda referencia, lo cual concurre a su descalificación como acto jurisdiccional válido por tratarse de un aspecto que resultaba de ineludible consideración para su adecuada resolución.

A. Señalada esa deficiencia elemental, habré de explicar las razones por las que este Ministerio Público estima que la entreayuda también resulta procedente al respecto, aun frente a la diversa regulación que en cuanto a la finalidad de la agrupación ilegal -*"cometer delitos"* o *"cometer algún delito"*- se advierte, como ha indicado la defensa durante el debate (fs. 457), entre el tipo del artículo 210 del Código Penal Argentino y el del artículo 4° del decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, transcripto a fojas 281 y 293.

Para mayor claridad: la norma del Estado requirente define que *"comete el delito de asociación ilícita, quien participe o integre asociaciones del siguiente tipo: 1) Las que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituidas, promuevan su comisión; y, 2) Las agrupaciones ilegales de gente armada, delincuencia organizada o grupos terroristas. Este delito será sancionado con pena de seis años a ocho años de prisión, sin perjuicio de las penas asignadas a los delitos cometidos"*. Por su parte, nuestro artículo 210 del Código Penal prevé que *"será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte de una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación…"*.

La transcripción permite advertir que además de la diversa previsión respecto del requisito sobre el fin delictivo singular o indeterminado, también existe diferencia en cuanto al número de integrantes, pues la norma de Guatemala no lo especifica. De todos modos, al surgir de la descripción de los hechos también la intervención de tres o más personas se trata de una circunstancia que no afecta el principio de doble incriminación.

B. Empero, aun cuando *prima facie* podría considerarse que el distinto alcance de aquel elemento del tipo penal de la asociación ilícita en uno y otro sistema legal obsta a la acreditación de la sustancia de la infracción, ese parecer se disipa al acudir a las previsiones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que también rige en este proceso. En efecto, en lo que aquí interesa, su artículo 5°, referido a la *"penalización de la participación en un grupo delictivo organizado "*, tipifica en su apartado 1 la comisión intencional de, *"a) … i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado; ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en: a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descripta; b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado"*.

Es pertinente destacar que su artículo 2° define que *"a) Por 'grupo delictivo organizado ' se entenderá un grupo estructurado por tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; b) Por 'delito grave' se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave; … "*.

Frente a la claridad de dicho instrumento internacional que, reitero, vincula a ambos Estados, no es posible considerar que la diversa regulación en el ámbito de los respectivos derechos internos sobre la cantidad de delitos para los que se hubiera constituido la asociación ilícita, impida acreditar el requisito de doble subsunción, máxime si se tiene en cuenta -a todo evento- que el artículo 16.2 de la convención prevé que a los fines de la extradición podrán incluirse delitos que queden fuera de su alcance.

En consecuencia, también en cuanto a este aspecto de la solicitud habré de concluir en la existencia del requisito formal analizado.

-IX-

Sólo añadiré a lo hasta aquí expuesto y ante los términos de la presentación de la defensa agregada a fojas 459/469, que la insinuación de la naturaleza política del proceso abierto ante los tribunales de Guatemala sobre la base de hallarse imputadas ex autoridades del Poder Ejecutivo de ese país, carece de todo efecto a los fines del artículo 3°, inciso e), de la Convención Interamericana de Extradición; y que la alegada ausencia de imparcialidad de la justicia del Estado requirente tampoco cuenta con la adecuada fundamentación que permita inferir la existencia de riesgo alguno hacia el extraditurus con arreglo a los criterios de V.E. de Fallos: 324:3484; 339:1277, entre otros.

-X-

Por último, reunidos como se encuentran los restantes elementos para la procedencia de la extradición. resta expresar que no causa agravio a este Ministerio Público lo considerado por la juez *a quo* en relación con la opción que por su condición de nacional intenta Mauricio José G, como así tampoco lo expuesto en su pronunciamiento Sobre la incidencia que el estado de salud del nombrado podría tener en la etapa de la decisión final.

En razón de lo hasta aquí considerado, solicito a V.E que:

l) Tenga por mantenido y fundamentado en tiempo y forma el recurso de apelación ordinario interpuesto por la fiscal interviniente;

2) Oportunamente y con la salvedad referida en el apartado X, deje sin efecto la sentencia impugnada y declare la procedencia de la extradición solicitada por la República de Guatemala respecto de Mauricio José G en estas actuaciones; y

3) Reconsidere para lo sucesivo la cuestión formal planteada en el apartado III de este dictamen.

Buenos Aires, 2 de octubre de 2018. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de febrero de 2021.

Vistos los autos: "Garín, Mauricio José s/ extradición – art. 52".

Considerando:

1°) Que la jueza a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1 rechazó la extradición de Mauricio José Garín a la República de Guatemala para someterlo a proceso por su posible participación en la comisión de los delitos de asociación ilícita y lavado de dinero u otros activos (fs. 558/573).

2°) Que, contra esa decisión, interpuso recurso de apelación ordinario la representante del Ministerio Público Fiscal interviniente (fs. 575/585) que fue concedido a fs. 586 y fundado en esta instancia por el señor Procurador General de la Nación interino (fs. 591/603). A su turno, la defensa técnica de Mauricio José Garín solicitó se confirmara la resolución apelada (fs. 606/617).

3°) Que, con carácter previo y en atención a las consideraciones vertidas en los considerandos 3° a 5° de la sentencia dictada el 5 de septiembre de 2017 en la causa CFP 683/2015/CS1 "Polo Pérez, Johnny Omar s/ extradición art. 52" y sus citas, cabe exhortar a la jueza de la causa para que, en lo sucesivo, ajuste el trámite a las pautas legales que rigen el procedimiento según las prescripciones del artículo 245 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Por ello corresponde, además, desestimar los reparos introducidos por el defensor de Mauricio José Garín en punto a la inclusión de nuevos argumentos en el memorial de fs. 591/603 que dio sustento al recurso fiscal concedido.

4°) Que, por las razones brindadas en oportunidad de resolver en la causa FRO 24816/2014/CS1 "Duzac, Gastón Heberto s/ extradición" (considerandos 3° y 4°), el 22 de agosto de 2019, a las que cabe remitir en razón de la brevedad, no corresponde hacer lugar al replanteo solicitado por el Ministerio Público Fiscal en el acápite III del dictamen que antecede sobre lo resuelto en la causa CSJ 253/2014 (50-R)/CS1 "Rigaud, Daniel Phillippe s/ extradición" (sentencia del 16 de febrero de 2016).

5°) Que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) ("Convención de Palermo"), aprobada por ley 25.632, cuya aplicación al caso fue impulsada por el país requirente (fs. 143 y fs. 346) –sin reparos de las partes intervinientes- consagra que "La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición" (artículo 16, parágrafo 7).

A su vez, la ley de Cooperación Internacional en Materia Penal 24.767 consagra que "Si existiera un tratado entre el Estado requirente y la República Argentina, sus normas regirán el trámite de la ayuda" (artículo 2°, párrafo 1°).

6°) Que no existe controversia en autos en cuanto a la aplicación al *sub lite* de la Convención sobre Extradición suscripta en Montevideo en 1933 y aprobada por decreto-ley 1638/1956, que rige entre ambos estados, cuyo artículo 5° es suficientemente claro al consagrar que cuando el individuo es "solamente un acusado" –como en el *sub lite*- el pedido de extradición deberá acompañarse –en lo que aquí interesa- con "una relación precisa del hecho imputado" (inciso b).

7°) Que, por ende, la jueza apelada se apartó de lo que en especial así dispone el tratado aplicable para introducir exigencias formales ajenas al mismo tales como las que contempla el artículo 13 de la ley interna lo cual atenta, además, contra el objeto de la citada convención universal llamada a "promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional" (artículo 1°) y de la expresa manda que consagra que "Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo" (artículo 16 cit., parágrafo 8°).

8°) Que sentado ello el Tribunal advierte que los antecedentes del caso se ajustan a las exigencias señaladas en el considerando 6° en cuanto incluyen "una relación precisa del hecho imputado" en términos que incluso la jueza *a quo* transcribió a fs. 559/561 vta. del auto apelado, con base en el formal pedido de extradición.

Así, al reseñar que los delitos de asociación ilícita y lavado de activos u otros imputados al requerido en sede extranjera incluyen los sucesos ocurridos desde enero del año 2012 y hasta por lo menos abril de 2015, en que "*participó en las actividades de un grupo criminal, con roles definidos, conformada por Otto Fernando Pérez Molina e Ingrid Roxana Baldetti Elías (líderes de la estructura, ex presidente y ex vicepresidenta de la República de Guatemala) y servidores públicos y particulares …[entre otros], con idea de construir una Terminal de contenedores en Puerto Quetzal y cometer múltiples delitos, entre ellos tráfico de influencias, cohecho activo, cohecho pasivo, lavado de dinero, enriquecimiento ilícito, fraude y colusión, en pos de obtener réditos que pudieran generar la contratación de la citada obra portuaria…*" (fs. 559).

También, que se sindica a Mauricio José Garín *"fungiendo como intermediario entre Terminal de Contenedores de Barcelona y las autoridades gubernamentales guatemaltecas" y que fue "designado junto con [otro argentino]…para formular el cronograma de pagos de comisiones ilícitas –como contraprestación para adjudicar un proyecto de construcción portuaria a la entidad española TERMINAL DE CONTENEDORES DE BARCELONA, por medio de la filial guatemalteca: Terminal de Contenedores Quetzal S.A."* (fs. 559 vta.). Asimismo, que el requerido y su par connacional, habrían llevado a cabo el *"desembolso y trazabilidad"* de la comisión ilícita a funcionarios gubernamentales, a partir de la coordinación realizada entre otros dos miembros de la asociación ilícita: uno de ellos en nombre de Terminal de Contenedores de Barcelona y el otro, el secretario privado de la por entonces vicepresidenta de la República de Guatemala, designado para cumplir con esa función por el cónyuge de esta última, por entonces presidente de ese país (fs. 560/560 vta.).

Además, que *"Mauricio José Garín, concertado con el grupo de personas aludidas, como intermediario, y con conocimiento de la ilicitud, se encargó de la realización del pago de comisiones ilícitas, pagadas por la entidad Terminal de Contenedores Quetzal, Sociedad Anónima (filial guatemalteca de Terminal de Contenedores de Barcelona) los cuales circularon a través de una compleja red de operaciones financieras en diversos países del globo y confluyeron en Guatemala, donde fueron distribuidos entre los partícipes en el ilícito de cohecho pasivo y sus colaboradores, a través de empresas de intermediación financiera y transporte de valores contratados por*

su copartícipe Jonathan Harry Chévez, con quienes Mauricio José Garín coordinó para la administración del dinero de origen ilícito que fue recibido por funcionarios públicos a cambio de celebrar el contrato" (fs. 561).

Y que el requerido *"fue presentado con Jonathan Harry Chévez, por medio de Juan Carlos Monzón Rojas, encargándose ambos de las transacciones y la entrega del dinero en Guatemala a los servidores públicos, partícipes en el delito de cohecho pasivo, fondos que fueron captados mediante la simulación de operaciones comerciales y facturaciones de servicios no prestados entre empresas bajo control de Jonathan Harry Chévez y Copisa Sociedad Anónima, contratista de Terminal de Contenedores Quetzal Sociedad Anónima, para la construcción de la infraestructura física del Terminal privada de contenedores. La serie de operaciones desarrolladas, con el propósito de beneficiar a la entidad Terminal de Contenedores de Barcelona y a funcionarios públicos guatemaltecos, tuvieron el apoyo de Mauricio José Garín, quien administró invirtió y ocultó fondos en un monto aproximado de VEINTICUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (u$s 24.500.000) que fueron trasladados a los servidores públicos por medio de Jonathan Harry Chévez, y convertidos posteriormente en bienes muebles e inmuebles, con lo que se impidió la determinación del origen y destino de los mismos…"* (fs. 561 vta.).

9°) Que la reseña que antecede basta, también, para descalificar el auto apelado en cuanto sostuvo que "los hechos que conformarían" el delito de lavado de activos reflejan una "descripción" "imprecisa" y de "carácter estrictamente dogmático" ya que "sólo se enuncia supuestas transferencias luego de finalizada la que habría sido la intervención en los hechos de Garín, sin aportar otras precisiones en orden a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de las mismas" (fs. 572).

10) Que, al respecto y a los fines que aquí competen, el Tribunal considera que el pedido de extradición es suficientemente claro al referir que la imputación a Garín es por la "administración", "inversión" y "ocultamiento" de fondos por el monto indicado, captados a resultas del delito de cohecho activo con el fin de obtener la adjudicación de la obra pública en cuestión mediante simulación de operaciones comerciales y facturaciones de servicios no prestados entre empresas bajo control de la asociación ilícita, y que circularon

a través de una compleja red de operaciones financieras en diversos países del globo y confluyeron en la República de Guatemala, donde fueron distribuidos entre los partícipes en el ilícito de cohecho pasivo y sus colaboradores, a través de empresas de intermediación financiera y transporte de valores contratados, convertidos posteriormente en bienes muebles e inmuebles, lo cual impidió la determinación del origen y destino de los fondos obtenidos producto de actos de corrupción.

11) Que, por ende, cabe también desestimar el agravio formulado -en la misma línea- por el defensor de Garín en esta instancia, en cuanto a que el Estado requirente omitió efectuar una "descripción clara del hecho delictivo" que le atribuye al requerido en punto a las "circunstancias de tiempo, modo y lugar" en la cual el requerido *transfirió, convirtió u ocultó* el dinero supuestamente entregado a las autoridades del gobierno, según plantea la defensa en el escrito de fs. 606/617 (aquí fs. 608).

Ello no solo no resulta exigible en atención a lo ya expuesto en los considerandos 5°, 6° y 7°, sino que tampoco explica el apelado de qué modo esas mayores precisiones la privaron de hacer valer alguna defensa referida a los demás recaudos de procedencia del pedido de extradición. Máxime si se tiene en cuenta que, habiendo fijado el país requirente que la comisión de los delitos imputados tuvo lugar desde enero del año 2012 y hasta por lo menos abril de 2015 (conf. fs. 110/111 y fs. 282/283), no aparece comprometido –ni se controvierte- el extremo de la prescripción de la acción penal, en los términos que consagra el artículo 3.a. de la Convención de Montevideo de 1933.

12) Que, además y contrariamente a lo que el letrado defensor de Garín manifiesta a fs. 607 vta./609, de acuerdo a la naturaleza de este procedimiento y en función del estándar convencional aplicable según lo ya expuesto, resulta ajeno a este trámite incorporar mayores exigencias sobre la prueba obrante en el proceso extranjero que da sustento a la imputación extranjera y/o a la materialidad de los hechos en que se apoya, en tanto constituyen cuestiones que conciernen al debate sobre el fondo teniendo en cuenta que en el juicio de extradición no se puede discutir acerca de la existencia del hecho imputado o la culpabilidad del requerido (artículo 30, tercer párrafo de la ley de Cooperación Internacional en Materia Penal 24.767).

13) Que, sentado ello, no se advierte reparo alguno para tener por configurado el "principio de doble incriminación", según el derecho argentino, con base en el artículo 303, inciso 1° del Código Penal Argentino. Sumado a que, de la reseña efectuada en el considerando 8° con referencia al auto apelado, surge claramente que el delito precedente, en que se sustenta la imputación contra Garín por lavado de activos u otros, es el de "cohecho pasivo".

14) Que, por lo demás, asiste razón al señor Procurador General de la Nación interino al advertir que la *a quo* no se pronunció sobre el delito de asociación ilícita incluido en el pedido de extradición, quedando habilitado el Tribunal a resolver el punto por constituir un vicio de la sentencia (artículo 253 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

15) Que, sobre el particular, se le reprocha a Garín, bajo la modalidad contemplada en el artículo 4° de la ley contra la delincuencia organizada decreto 21-2006 del Congreso guatemalteco (conf. texto transcripto a fs. 109/109 vta. y 281 y fotocopia a fs. 290), su presunta participación *"en las actividades de un grupo criminal, con roles definidos"* para *"cometer múltiples delitos, entre ellos tráfico de influencias, cohecho activo, cohecho pasivo, lavado de dinero, enriquecimiento ilícito, fraude y colusión …"* (fs. 559) (conf. *supra*, considerando 8°, segundo párrafo).

16) Que la sustancia de esa imputación encuentra subsunción, según el derecho argentino y a los fines de tener por configurado el principio de "doble incriminación", en el artículo 210 del Código Penal argentino, sin que obste a ello la diversa redacción que reconoce el tipo penal que regula ese delito en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados involucrados, según refleja la expresión "cometer algún delito" y "destinada a cometer delitos" de que dan cuenta los respectivos tipos penales.

Ello es así no solo porque no es exigible que exista identidad normativa entre estos últimos sino porque, además, ante el calificativo "algún" utilizado en el tipo penal extranjero, tampoco se argumenta cuál sería la diferencia sustancial con entidad para configurar el óbice que se esgrime. Ni siquiera desde el punto de vista de la pluralidad delictiva, teniendo en cuenta que la imputación extranjera contra Garín por el delito de asociación ilícita tiene en cuenta que el objeto de la

misma era la comisión de "múltiples delitos" tal como se desprende de la reseña de que da cuenta el segundo párrafo del considerando 8°.

17) Que, por lo demás, el hecho de que la asociación ilícita extranjera estuviera conformada por el requerido junto a varias otras personas permite tener por cumplido el mínimo de "tres personas" que exige el derecho argentino y, por ende, tampoco surge algún óbice, desde esta perspectiva, para la procedencia de la extradición (conf. sentencia del 9 de diciembre de 2009 en la causa CSJ 773/2008 (44-P)/CS1 "Paz, Roxana Marisa s/ extradición").

18) Que, en cuanto a la opción de juzgamiento en la República Argentina en razón de la nacionalidad argentina de Mauricio José Garín, la interpretación que pretende asignarle su defensor al artículo 12 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal 24.767 -a la luz del reenvío formulado por el artículo 2 de la Convención de Montevideo de 1933- ya ha sido desestimada por el Tribunal en casos previos referidos a ese mismo instrumento internacional (Fallos: 341:971 "Jones Huala", considerando 39 y CSJ 974/2010 (46-M)/CS1 "Michaux, José Alberto s/ extradición", resuelta el 14 de febrero de 2012, considerando 4° y sus citas), sin que se esgriman razones novedosas que obliguen a un reexamen de esa solución.

19) Que ello no se ve modificado por la "Convención de Palermo" ya que sus artículos 15.3. y 16.10. fijan pautas sobre la conducta que deberán adoptar los estados para el supuesto en que –a resultas del reenvío examinado en el considerando 5°- denieguen la extradición con fundamento en la nacionalidad del requerido.

20) Que, por lo demás, si bien al referirse a la "Competencia", ese mismo tratado internacional consagra el supuesto de la nacionalidad como regla para que los Estados Parte hagan valer su jurisdicción penal estatal directa, ya sea por vía el principio de personalidad activa (art. 15.2.b) o pasiva (art. 15.2.a.), lo hace en términos "facultativos" ["podrá"], sin que pueda válidamente sostenerse que el legislador argentino incorporó esa regla al derecho interno en términos que alcancen al supuesto del *sub lite*.

Desde esa perspectiva, si bien la asistencia técnica de Garín invocó, en esta instancia, la reforma que introdujo la ley 27.401 al artículo 1° del Código Penal argentino al incorporar la posibilidad de juzgar en

la República Argentina a ciudadanos argentinos por delitos cometidos en el exterior, no tuvo en cuenta que ese precepto legal solo habilitó a que así fuera para "el delito previsto en el artículo 258bis cometido en el extranjero", supuesto ajeno al de autos si se tiene en cuenta que la extradición del requerido solo se solicitó por los delitos de asociación ilícita y lavado de activos u otros.

21) Que, de otra parte, la defensa de Garín nada dice de que, a diferencia de las circunstancias que concurrían en el precedente "Ralph" publicado en Fallos: 323:3055 citado en el escrito de mejora de fundamentos (fs. cit., aquí fs. 615 vta.), en el *sub lite* está en juego una cláusula facultativa incluida en la Convención de Montevideo de 1933 lo que encauza la solución del caso en los términos señalados en el considerando 18.

22) Que, por último, la defensa del requerido entiende que el estado de salud de su asistido, en términos descriptos por el informe del Cuerpo Médico Forense de fecha 11 de diciembre de 2017 y glosado a fs. 260/270, no le permitiría afrontar las condiciones de detención existentes en el país requirente en función del estado en que se encuentra el sistema penitenciario guatemalteco por el hacinamiento, uso excesivo de la prisión preventiva y retraso de la justicia, según señaló con base en un informe correspondiente al año 2017 elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, que se trata de una cuestión que no solo debe ser analizada por el Poder Ejecutivo Nacional a los fines de una eventual postergación de la entrega sino también por el Tribunal a fin de garantizar el estado de salud del requerido y evitar el padecimiento de un evento cardiovascular según deriva del informe médico citado.

23) Que lo resuelto por la jueza *a quo* a fs. 570 vta./571, con base en jurisprudencia de la Corte Suprema, no impide que la etapa judicial sea una instancia apta para preconstituir prueba que sea pertinente y útil con miras a la decisión final que se adopte en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional (conf. *mutatis mutandis* Fallos: 339:94 "Caballero Lopez" -2016- considerando 16), tal como la parte apelada tuvo amplias posibilidades de hacer valer en el caso.

24) Que, en tales condiciones, en función de la solución que ha de propiciarse, y teniendo en cuenta el contenido del informe del Cuerpo Médico Forense antes referido como así también el tiempo transcu-

rrido desde su confección, resulta aconsejable -que previo a dar intervención al Poder Ejecutivo Nacional- se avance en la actualización del mismo a través del Cuerpo Médico Forense, con especial referencia a la enfermedad cardíaca diagnosticada y su situación actual, ya que se desconoce el devenir al que quedó sometida frente a lo esgrimido por el médico cardiólogo particular a fs. 265.

Asimismo que, en ese contexto, se profundicen las razones que informaron la conclusión médico-legal de que *"afrontar un proceso penal con previo traslado aéreo a la República de Guatemala"* representa para el requerido un *"elevado riesgo potencial de eventos cardiovasculares agudos con descompensación"* dada su patología cardiovascular y cómo se compatibiliza ese diagnóstico con el intenso movimiento migratorio que Mauricio José Garín tuvo al trasladarse por vía aérea desde la República de Guatemala a distintos países de la región de América Central como así también a los Estados Unidos de América entre el 6 de abril de 2011 y el 22 de enero de 2015 (conf. planilla agregada a fs. 118/120, ídem a fs. 319/321), para lo cual deberá también incorporarse el movimiento migratorio que durante ese período y hasta la actualidad registra el requerido ante la Dirección General de Migraciones de la República Argentina, con especial consideración a la fecha y la forma –incluido el medio de transporte- en que ingresó al país previo al inicio de estas actuaciones.

A los fines indicados, se considera propicio y oportuno que los profesionales del Cuerpo Médico Forense interviniente tengan acceso a la totalidad del expediente como así también a: (a) las historias clínicas confeccionadas por quienes han sido referidos en esta causa como el médico clínico y cardiólogo de Garín; (b) la epicrisis confeccionada a resultas de la internación que tuvo el requerido en una Clínica de Rosario en fecha que se desconoce (fs. 225); (c) la declaración testimonial –por exhorto- prestada por su médico clínico (fs. 239) y (d) toda la serie de estudios previos a los agregados a la causa que necesariamente debió realizarse Garín al detectarse la enfermedad cardíaca que lo aqueja y a resultas de los sucesivos controles periódicos a los que –por cierto- debió quedar sometido, con expresa indicación de que en caso de repetirse estudios médicos y/o practicarse otros complementarios se lleven a cabo en el servicio de cardiología del Cuerpo Médico Forense.

25) Que, en el marco de las conclusiones que deriven de lo señalado en el considerando 24 y de lo que resuelva el Poder Ejecutivo Na-

cional sobre el particular, nada impide que -a todo evento- los Estados intervinientes, a través de sus autoridades competentes y en forma coordinada, evalúen la viabilidad del traslado del requerido al extranjero y, en su caso, arbitren las medidas necesarias para que se efectúe resguardando su integridad con especial consideración a la patología que detenta y según el estadío por el que atraviese en ese momento, encomendándole al país requirente la adopción de las medidas necesarias para que su permanencia en esa jurisdicción tenga lugar en condiciones que salvaguarden sus condiciones de salud.

Por lo expuesto, de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino, el Tribunal resuelve: I) No hacer lugar al pedido de reconsideración solicitado por el Ministerio Público Fiscal, II) Exhortar a la jueza de la causa en los términos expuestos en el considerando 3° y III) Hacer lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, revocar la resolución apelada y declarar procedente la extradición de Mauricio José Garín a la República de Guatemala para someterlo a proceso por su posible participación en la comisión de los delitos de asociación ilícita y lavado de dinero u otros activos con especial consideración a la situación de salud en los términos señalados en los considerandos 22 a 25. Notifíquese, tómese razón y devuélvase a la jueza de la causa.

Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso ordinario interpuesto por: **Dra. Alejandra Mángano, Fiscal interinamente a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 12.**

Tribunal de origen: **Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1.**

VOGEL, YAAKOV KOPUL s/ Extradición

EXTRADICION

La sentencia de extradición adolece de un vicio insalvable que acarrea su nulidad, toda vez que el a quo rechazó la entrega reclamada apartán-

dose de las reglas previstas por la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (24.767), de aplicación supletoria (art. 2).

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

PROCEDIMIENTO DE EXTRADICION

Dado que la razonabilidad del tiempo que demora una potencia extranjera en contestar las requisitorias de otro país, importa definir un concepto eminentemente impreciso, por tal motivo, en el artículo 10 del tratado de extradición celebrado entre Francia y Argentina se estipula que para tales supuestos, la parte requerida debe establecer un plazo razonable para el cumplimiento de la obligación conforme a su legislación interna, que sirve, en definitiva, para guiar el accionar de las autoridades de la requirente.

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

EXTRADICION

La sentencia que rechazó el pedido de extradición carece de validez por no haber cumplido las etapas procesales del trámite judicial establecidas legalmente, en tanto de la causa surge que de las tres solicitudes que dispuso a lo largo del trámite, el a quo no impuso un plazo a la República Francesa para que cumpla con la remisión de la documentación adicional que estimó necesaria (conf. art. 31 de la ley 24.767), y no convocó a las partes a la audiencia oral que resultaba ineludible y sin la cual le estaba vedado adoptar cualquier resolución sobre la procedencia o no de la entreayuda (art. 32 ídem).

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

EXTRADICION

Si en el ámbito de la competencia extraordinaria la Corte se encuentra habilitada para efectuar el control, aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmada, con mayor razón conserva dicha potestad cuando actúa en el marco de la amplitud de la jurisdicción ordinaria (art. 33 de la ley 24.767), ya que la medida del conocimiento que otorga

el recurso de apelación coincide con la que corresponde al órgano que dictó la resolución impugnada.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 9 resolvió no conceder la extradición de Yaakov Kopul V solicitada por las autoridades de la República de Francia por el delito de blanqueo de capitales en banda organizada.

Para así decidir consideró, en síntesis, que el país requirente no contestó a los reiterados pedidos de información complementaria por un lapso que excede holgadamente el plazo razonable al que alude el artículo 10 del tratado de extradición suscripto entre ambos Estados (ley 26.783).

Contra esa sentencia, el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 244/5), que fue concedido a fojas 246 y respecto del cual V.E. corrió vista a esta Procuración General (fs. 248).

-II-

Cabe señalar con carácter previo, que a partir de la doctrina asentada en el precedente "Callirgós Chávez (Fallos: 339:906), *"el apelante deberá limitarse a la mera interposición del recurso"* en función de lo previsto por el artículo 245 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que resulta de aplicación al recurso ordinario de apelación en materia de extradición en atención a lo dispuesto por el artículo 254 del mismo cuerpo legal, sin que sea repugnante a la naturaleza del procedimiento de extradición ni a las leyes que lo rigen.

En el caso, el fiscal recurrente incumplió con esa manda legal, por lo que correspondía que el juez *a quo* devuelva el escrito, previa anotación en el expediente con indicación de la fecha de interposición del recurso y del domicilio que se hubiese constituido.

Sin perjuicio de ello, de considerarlo V.E. pertinente, *"con el fin de evitar la demora que acarrearía …encauzar la situación como es*

debido", podría -de modo análogo a cuanto se proveerá en el ámbito de este Ministerio Público- *"exhortar al juez de la causa para que, en lo sucesivo, ajuste el trámite a las pautas legales que rigen el procedimiento según lo señalado"* (CFP 683/2015/CS1 *in re* "Polo Pérez, Johnny Omar s/ extradición art. 52", resuelta el 5 de septiembre de 2017, y sus citas).

-III-

Asimismo, también estimo oportuno referirme de modo preliminar a una cuestión formal vinculada con el plazo para la presentación del memorial en casos como el *sub judice*.

Al dictar sentencia el 16 de febrero de 2016 *in re* "Rigaud, Daniel Phillippe s/ extradición" -expte. CSI 253/2014 (50R)/CS1- y tal como se cita en el auto de fojas 248, V.E. señaló *"la conveniencia de que, en lo sucesivo, en la sustanciación de apelaciones ordinarias interpuestas por el Ministerio Público Fiscal en el traslado para fundar el recurso, se explicite que se formula por diez días, bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado, en el marco de lo dispuesto por el artículo 280, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación"* (considerando 8°).

Aun cuando desde entonces esta Procuración General ha observado esa nueva interpretación del plazo para tales supuestos, al igual que al expedirme el 14 de junio último *in re* "D Gastón Heberto s/ extradición' (expte. FRO 24816/2014/ CS1), habré de insistir en la solicitud de reconsideración de esta cuestión para lo futuro, con fundamento en que después de aquel pronunciamiento el Tribunal se ha integrado en su totalidad y ello podrá enriquecer el debate a partir de la ponderación de los siguientes argumentos.

La razón esencial para seguir ese criterio radica en que la intervención de este Ministerio Público en procesos de esta naturaleza excede la mera calidad de *"parte apelante"*. En efecto, ella resulta imperativa por la función de representar "en el trámite judicial el interés por la extradición" asignada en el artículo 25 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal 24.767. Cabe recordar que esa representación no es subsidiaria, pues se mantiene aun cuando el Estado requirente haya tomado la intervención *"como parte en el trámite judicial por medio de apoderados"* que autoriza el segundo párrafo de ese precepto.

Esa previsión legal abona el carácter *sui generis* que cabe atribuir al rol que ejerce el Ministerio Público en estos expedientes y permite

que -en su caso- la calidad de *"parte"* correspondería al Estado que se presenta en las actuaciones en esos términos, pues su objetivo -a diferencia del que guía al fiscal- se dirige exclusivamente a que prospere la extradición solicitada.

El temperamento que postulo también se sustenta en la obligada actuación que, incluso desde el inicio de la causa, le imponen a este órgano los artículos 22, 29, 33, 46 a 48 de esa norma, referidos a su presentación judicial, identificación del requerido, su excarcelación y arresto provisorio. Asimismo, el artículo 3, segundo párrafo, de la ley 27.148, prevé que *"interviene y gestiona en el país todos los pedidos de extradición realizados por otros Estados"*.

Según lo veo, esa especial calidad de *"parte"* que el legislador le asignó en esta clase de procesos, también responde al carácter de *"magistratura de control"* que el Ministerio Público Fiscal ejerce de conformidad con el artículo 120 de la Constitución Nacional, y que V.E. ya había reconocido en el precedente de Fallos: 311:593, *"a fin de custodiar el orden público y la defensa del orden jurídico en su integridad"* (pág. 596). Con directa referencia a juicios de extradición y a que su actuación en esos casos no es en el ejercicio de la acción penal pública sino para vigilar el fiel cumplimiento de las leyes y reglas de procedimiento, ese rol funcional ha sido destacado, bajo la vigencia del Código de Procedimientos en Materia Penal, en Fallos: 311:1925 y 319:1464; y, ya sancionada la ley 24.767, esa doctrina se mantuvo en Fallos: 330:2507.

En esa misma inteligencia y con mayor precisión, en el precedente *"Peyrú"* (Fallos: 316:1853) sostuvo que concedido el recurso ordinario de apelación contra las sentencias dictadas en materia de extradición, debe darse vista al Procurador General, *"pues él no se halla equiparado a una parte particular en el proceso "*. Este criterio fue reafirmado *in re "Green"* (Fallos: 317:1498).

En Similar sentido, cabe agregar que las particularidades descriptas autorizan a sostener que el planteo que efectúo no compromete en modo alguno el *"principio de igualdad de armas"* que debe regir con la defensa del *extraditurus* (Fallos: 328:3233), pues es claro que la singular intervención que compete al Ministerio Público tanto en primera instancia como ante V.E., reviste ese carácter mixto que -en muchas ocasiones- incluso redunda en beneficio del requerido.

Así las cosas, estimo que la estricta interpretación del artículo 280, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación realizada *in re "Rigaud"*, no consulta acabadamente los alcances del

cuadro normativo y jurisprudencial reseñado ni su incidencia en los supuestos de apelaciones ordinarias deducidas por los fiscales federales contra fallos adversos a la extradición, lo cual implica la incorporación de una severa limitación práctica a las funciones propias que desde esta sede se ejercen ante la Corte en la materia.

Por ello, sin perjuicio de dictaminar sobre el fondo del asunto en observancia del temperamento en cuestión, solicito al Tribunal que reconsidere para lo sucesivo la inteligencia del plazo aplicable efectuada en el precedente citado.

-IV-

Al abordar ese cometido, cabe señalar que la sentencia de extradición adolece de un vicio insalvable que acarrea su nulidad, en tanto el *a quo* rechazó la entrega reclamada apartándose de las reglas previstas por la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (24.767), de aplicación supletoria (art. 2).

La norma es suficientemente clara en cuanto consagra que finalizado el trámite administrativo y recibido el pedido de extradición en sede judicial, el juez dispondrá la citación a juicio salvo que el requerido diera su consentimiento para ser extraditado (art. 28) o si se comprobara que la persona detenida no es la requerida (art. 29). Luego, una vez superada la etapa de juicio (art. 30, segundo y tercer párrafos) el ordenamiento legal habilita a la autoridad judicial a pronunciarse acerca de la procedencia o improcedencia del pedido de extradición (art. 32) (Fallos: 327:304; 329:1425 y 5871; 331:2363). También prevé que cuando el magistrado advierta falencias en los requisitos de forma del pedido, hasta el momento de dictar sentencia puede suspender el proceso y conceder al Estado requirente un plazo -que no excederá de treinta días corridos- para que lo subsane (art. 31).

Esta última previsión, precisamente, ha sido dejada de lado por el *a quo* a lo largo del trámite y ha derivado en la prematura decisión que impugna el Ministerio Público. En efecto, surge de lo actuado que a raíz de la presentación de la defensa donde planteaba, entre otras cuestiones, que la descripción de los hechos efectuada por las autoridades requirentes no satisfacía los estándares convencionales (fs. 93/103), el juez federal no hizo lugar a los aspectos de fondo allí introducidos y solicitó -sin fijar plazo- información complementaria con el fin de *"garantizar de la mejor manera posible a la defensa del requerido"* (fs. 110/3 y oficio de fojas 114, del 30 de agosto de 2016).

La respuesta fue presentada en el tribunal el 7 de noviembre siguiente (fs. 147/53) y luego, al proveer el escrito de ofrecimiento de prueba de la asistencia técnica de V, el magistrado -sin tampoco fijar plazo- hizo lugar al nuevo pedido de mayores precisiones y documentación en relación al delito imputado (fs. 154, 157/61, 163 y oficio de fojas 166, del 7 de diciembre de 2016). No obstante, ante el requerimiento judicial formulado el 2 de febrero siguiente, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto hizo saber al tribunal que aún no se había recibido la información solicitada (fs. 180/1 y 189).

El Estado requirente contestó esa requisitoria, que el 21 de marzo de 2017 fue agregada al expediente (fs. 193/4), pero sin enviar traducida la documentación al idioma castellano, lo que motivó que con sustento en el artículo 11 del tratado bilateral, el *a quo* ordenara su devolución a fin de que -sin establecer un término para ello- sea subsanada esa omisión (fs. 195 y oficio de fojas 197, de ese día).

Luego, a partir de las notas periodísticas acercadas por la defensa (fs. 217/225), de las que surgiría -a su entender- que el requerido habría sido condenado en ausencia, el 7 de agosto último el magistrado decidió requerir a Francia que informe si en el marco del proceso de origen recayó sentencia a su respecto y, en su caso, copia traducida del fallo. Nuevamente, sin determinar un plazo para ello (fs. 227 y oficio de fs. 228, de la misma fecha).

Finalmente, ante la ausencia de respuesta informada por la Cancillería a fojas 216 y 239, esta última agregada el 17 de noviembre de 2017, el 21 de ese mes el *a quo* decidió rechazar la extradición, sin celebrar el juicio contradictorio, por no haber contestado el Estado requirente a sus pedidos de información complementaria en un plazo razonable (fs. 240/241).

-V-

A partir de la reseña que antecede puede advertirse, en primer lugar, que la razonabilidad del tiempo que demora una potencia extranjera en contestar las requisitorias de otro país, importa definir un concepto eminentemente impreciso. Por ese motivo, en el artículo 10 del tratado bilateral se estipula que para tales supuestos, la parte requerida debe establecer un *"plazo razonable"* para el cumplimiento de la obligación *"conforme a su legislación interna"*, que sirve, en definitiva, para guiar el accionar de las autoridades de la requirente.

De esta manera, en las tres solicitudes que dispuso a lo largo del trámite, el *a quo* debió -y eventualmente deberá- imponer un plazo a la República Francesa para que cumpla con la remisión de la documentación adicional que estimó necesaria (conf. art. 31 de la ley 24.767), y luego convocar a las partes a la audiencia oral que -de no darse los supuestos de los artículos 28 y 29 de esa norma- resulta ineludible y sin la cual le está vedado adoptar cualquier resolución sobre la procedencia o no de la entreayuda (art. 32 ídem).

En tales condiciones, corresponde concluir que la sentencia apelada carece de validez al no haberse cumplido las etapas procesales del trámite judicial establecidas legalmente, tal como V.E. lo ha sostenido en el precedente *"Videla"* (Fallos: 331:2376).

A este respecto, tiene dicho la Corte que si en el ámbito de su competencia extraordinaria se encuentra habilitada para efectuar el control, aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmada (Fallos: 331:2449), con mayor razón conserva dicha potestad cuando actúa en el marco de la amplitud de la jurisdicción ordinaria (art. 33 de la ley 24.767), ya que la medida del conocimiento que otorga el recurso de apelación coincide con la que corresponde al órgano que dictó la resolución impugnada (Fallos: 329:1425).

Por este motivo, considero que las actuaciones deben regresar al tribunal que intervino en el trámite de extradición a los fines indicados y para que las partes puedan, oportunamente, exponer su parecer respecto de la documentación e información acompañada para el pedido de colaboración transnacional, y ejercer sus derechos -con plena observancia de la garantía del debido proceso- durante el contradictorio.

.VI-

En mérito a lo expuesto, mantengo el recurso ordinario de apelación deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal y solicito a V.E. que deje sin efecto la sentencia de fojas 240/241, devuelva las actuaciones a la instancia a fin de que se encauce el procedimiento de acuerdo a las reglas legales; y, por último, que reconsidere la cuestión formal analizada en el apartado III de este dictamen. Buenos Aires, 1° de febrero de 2018. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de febrero de 2021.

Vistos los autos: "Vogel, Yaakov Kopul s/ extradición".

Considerando:

1°) Que el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 9 rechazó, en los términos de los arts. 31 y 32 de la ley 24.767, la solicitud de extradición de Yaakov Kopul Vogel requerida por la República de Francia para someterlo a proceso por los delitos de lavado de activos y evasión fiscal en los que habría quedado implicado a resultas de actividades llevadas a cabo por la firma "France Off Shore" (fs.240/241).

2°) Que, contra esa decisión, interpuso recurso de apelación ordinario el representante del Ministerio Público Fiscal en esa instancia (fs. 244/245) que, concedido (fs. 246), fue mantenido por el señor Procurador Fiscal (fs.249/253). A su turno, la defensa mejoró fundamentos de la resolución apelada propiciando la confirmación del auto apelado (fs. 255/259).

3°) Que por las razones brindadas en oportunidad de resolver en la causa FRO 24816/2014/CS1 "Duzac, Gastón Heberto s/extradición" (considerandos 3° y 4°), sentencia del 22 de agosto de 2019, a las que cabe remitir en razón de la brevedad, no cabe hacer lugar al replanteo solicitado por el Ministerio Público Fiscal en el acápite III del dictamen que antecede sobre lo resuelto en la causa CSJ 253/2014(50-R)/CS1 "Rigaud, Daniel Phillippe s/extradición", sentencia del 16 de febrero de 2016).

4°) Que, sentado ello, esta Corte comparte y hace suyos los fundamentos y conclusiones desarrollados en los acápites IV y V del referido dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que remite, en lo pertinente, para revocar la sentencia apelada.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, el Tribunal resuelve: I) No hacer lugar al pedido de reconsideración solicitado por el Ministerio Público Fiscal y II) Hacer lugar al recurso interpuesto por el Minis-

terio Público Fiscal y revocar la resolución apelada en cuanto rechazó el pedido de extradición que de Yaakov Kopul Vogel solicitó la República de Francia. Notifíquese, hágase saber y devuélvase al tribunal de origen con la indicación de que, en lo sucesivo, dé cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 245 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de aplicación en función del artículo 254 de ese mismo cuerpo legal.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso ordinario de apelación interpuesto por el **Dr. Carlos E.Stornelli, Titular de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 4**.

Tribunal interviniente: **Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 9.**

FARÍAS BOUVIER, NÉSTOR c/ AEROLÍNEAS ARGENTINAS S.A. Y OTRO s/ ORDINARIO

CUESTION FEDERAL

Los agravios suscitan cuestión federal para su consideración por la vía extraordinaria, pues si bien lo atinente a la existencia o inexistencia de cosa juzgada es, en principio, una cuestión de hecho y derecho procesal extraña a la vía del art. 14 de la ley 48, tal regla debe dejarse de lado cuando la solución del a quo importa un apartamiento palmario de lo decidido con anterioridad con autoridad de cosa juzgada.

COSA JUZGADA

Vulnera el principio de intangibilidad de la cosa juzgada si mediante una argumentación confusa el a quo desconoció un derecho que antes había reconocido, lo que conduce a afirmar que la decisión recurrida ha importado un apartamiento y desconocimiento de la sentencia definitiva, cuyo alcance fue precisado en la causa y que se encuentra firme.

COSA JUZGADA

Corresponde revocar la sentencia que tuvo por cumplido el contrato y rechazó en consecuencia el pedido de ejecución de sentencia respecto al cumplimiento de prestaciones a favor de los hijos del actor, pues se advierte que en franca contradicción con el derecho reconocido en la sentencia aclaratoria al expresar que en los estrictos términos de lo acordado en el acuerdo homologado, los hijos del beneficiado "gozarán de los derechos allí otorgados hasta que cumplan los 35 años de edad, lo que así queda establecido", ahora le impide al accionante ejecutar las prestaciones contractuales referidas a los hijos, vulnerando de ese modo el principio de intangibilidad de la cosa juzgada.

COSA JUZGADA

La cosa juzgada configura uno de los pilares sobre los que se asienta la seguridad jurídica y un valor de primer orden que no puede ser desconocido con invocación de argumentos insustanciales y con la pretensión de suplir omisiones, pues ataca las bases mismas del sistema procesal y afecta la garantía del debido proceso, cuyo respeto es uno de los pilares del imperio del derecho.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de febrero de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Néstor Farías Bouvier en la causa Farías Bouvier, Néstor c/ Aerolíneas Argentinas S.A. y otro s/ ordinario", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra la resolución de la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que tuvo por cumplida la totalidad del contrato y, consecuentemente, confirmó el rechazo del pedido de ejecución de sentencia respecto al cumplimiento de prestaciones a favor de los hijos del actor, éste dedujo recurso extraordinario cuya denegación motiva la presente queja.

2°) Que el accionante sostiene que la cámara resolvió en forma contraria a lo decidido con anterioridad, y que fue consentido por la demandada, en franca violación del principio de cosa juzgada. Además, señala que lo resuelto con carácter firme es conforme a la letra del contrato cuyo cumplimiento se pretende y a la interpretación que las partes le otorgaron a sus cláusulas.

3°) Que los agravios del apelante suscitan cuestión federal para su consideración por la vía intentada, pues si bien lo atinente a la existencia o inexistencia de cosa juzgada es, en principio, una cuestión de hecho y derecho procesal extraña a la vía del art. 14 de la ley 48, tal regla debe dejarse de lado cuando la solución del *a quo* importa un apartamiento palmario de lo decidido con anterioridad con autoridad de cosa juzgada; circunstancia que acontece en el caso a examen.

4°) Que el 27 de octubre de 2016 la cámara confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la excepción de pago total opuesta por la demandada con sustento, en lo que aquí interesa, en que del convenio no surgían elementos inobjetables que predicaran la existencia de un derecho vitalicio a la emisión de boletos aéreos como sugería el actor, sino más bien una cantidad limitada de pasajes; y que la accionada había cumplido en exceso con la emisión de pasajes a los que se comprometió.

5°) Que contra esta decisión el actor planteó un recurso de aclaratoria y revocatoria *in extremis* fundado en la incongruencia incurrida por los jueces al desconocer el carácter vitalicio del beneficio para sí y su esposa; y en que nada se dijo sobre el cumplimiento de lo pendiente para los hijos hasta que cumplieran 35 años, **habiendo omitido pronunciarse al respecto** (fs. 2361 vta./2362).

Además, interpuso contra aquella resolución un recurso extraordinario federal.

6°) Que el 13 de diciembre de 2016 la cámara rechazó los planteos de aclaratoria y revocatoria, precisando "a fin de evitar confusiones a las partes atento el modo en que quedó definida la cuestión", que "*en los estrictos términos de lo acordado en la cláusula Primera apartado 4 (fs. 2037 vta.) del acuerdo homologado en el sub lite, cuya interpretación no fue materia de controversia; v. fs. 2160 vta., los hijos del beneficiario gozarán de los derechos allí*

otorgados hasta que cumplan los 35 años de edad, lo que así queda establecido" (fs. 2397/2398 vta.).

Esta resolución, no obstante haber motivado la audiencia de fs. 2438, no fue recurrida por la demandada.

Asimismo, dio lugar a que el accionante acotara la materia de recurso extraordinario planteado oportunamente contra la sentencia definitiva, lo que fue tenido en cuenta por el *a quo* al tiempo de denegar su concesión (fs. 2440 y 2441/2443).

Esta denegación motivó, a su vez, un recurso de queja ante esta Corte Suprema de Justicia, que fue desestimado por inadmisible (COM 83671/2004/1/RH1 "Farías Bouvier, Néstor c/ Aerolíneas Argentinas S.A. y otro s/ ordinario", sentencia del 5 de diciembre de 2017).

7°) Que, en estas condiciones, el actor solicitó que se intimara a la demandada al cumplimiento de las prestaciones relativas a los hijos del beneficiario, bajo apercibimiento de ejecución (fs. 2452) y, luego, promovió la ejecución de sentencia (fs. 2552/2558 vta.).

El juez de grado desestimó los planteos con sustento en que el convenio se encontraba cumplido, independientemente de que la cláusula referida a los hijos del actor no hubiera sido materia de controversia. Esta decisión fue confirmada por la alzada, que refirió que a través de la mención al punto 4 de la cláusula primera "*no se pretendió en modo alguno revertir (…) la confirmación de la sentencia de grado mediante la cual se admitió la excepción de pago total. Solo se formuló tal expresión en la medida en que en el decisorio de fs. 2351/2356 nada, en concreto, se había referido en orden a tal cláusula –que alude a los hijos del actor- y, también, en tanto (…) la sentencia no se encontraba firme por existir deducido un recurso extraordinario"* (fs. 2608 vta./2609).

8°) Que, mediante esta argumentación confusa el *a quo* desconoció un derecho que antes había reconocido, lo que conduce a afirmar que la decisión recurrida ha importado un apartamiento y desconocimiento de la sentencia definitiva, cuyo alcance fue precisado a fs. 2397/2398 y que se encuentra firme. De tal modo se vulnera el principio de intangibilidad de la cosa juzgada.

Ello así, en tanto se advierte que en franca contradicción con el derecho reconocido en la aclaratoria al expresar -como se dijo- que en los estrictos términos de lo acordado en la cláusula primera, apartado 4 del acuerdo homologado, los hijos del beneficiado "gozarán de los derechos allí otorgados hasta que cumplan los 35 años de edad, lo que así queda establecido" (fs. 2397/2398), ahora le impide al accionante ejecutar las prestaciones contractuales referidas a los hijos.

9°) Que, al respecto, este Tribunal ha resuelto en reiteradas oportunidades que la cosa juzgada configura uno de los pilares sobre los que se asienta la seguridad jurídica y un valor de primer orden que no puede ser desconocido con invocación de argumentos insustanciales y con la pretensión de suplir omisiones, pues ataca las bases mismas del sistema procesal y afecta la garantía del debido proceso, cuyo respeto es uno de los pilares del imperio del derecho (Fallos: 306:2173, entre otros).

10) Que, en tales condiciones, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario, pues media relación directa e inmediata entre lo decidido y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15, ley 48).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal y devuélvase el depósito. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Ricardo Luis Lorenzetti.

Recurso de queja interpuesto por **Néstor Farías Bouvier**, representado por el **Dr. Norberto Jorge Borlenghi**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 22.**

MONTIEL, VÍCTOR SALVADOR c/ COLIALCO S.A. y Otros s/ Accidente – acción civil

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien los agravios remiten al tratamiento de cuestiones de hecho y de derecho común y procesal, los señalamientos respecto de lo resuelto en exceso de los límites de la simple corrección de algún concepto oscuro o del hecho de suplir alguna omisión cuando la cámara ya había perdido su jurisdicción, suscita cuestión federal bastante para su consideración en la instancia extraordinaria cuando se produjo una alteración sustancial de la decisión definitiva dictada en la causa.

ACLARATORIA

Son nulas la resolución aclaratoria y las dictadas en consecuencia, si de acuerdo con las fechas de las decisiones del a quo, es claro que el segundo pronunciamiento no fue dictado dentro de los 3 días de emitido el anterior como prevé la norma del art. 99 de la ley 18.345, sino más de un mes después.

-El juez Rosatti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso (art. 280 CPCCN)-

ACLARATORIA

Son nulas la resolución aclaratoria y las dictadas en consecuencia, toda vez que es claro que, sin haber sustanciado los recursos interpuestos por la actora y con prescindencia de los límites impuestos a su facultad de corregir errores u omisiones con arreglo al art. 99 de la ley 18.345, la Cámara dictó una nueva sentencia que modificó diametralmente la solución dada a la causa en su anterior decisión, con grave afectación del derecho de defensa de la apelante.

-El juez Rosatti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso (art. 280 CPCCN)-

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de febrero de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Federación Patronal Seguros S.A. en la causa Montiel, Víctor Salvador c/ Colialco S.A. y otros s/ accidente – acción civil", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el 17 de noviembre de 2017 la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al revocar parcialmente el fallo de la instancia anterior, en lo que interesa, rechazó la acción civil interpuesta por Víctor Salvador Montiel contra Federación Patronal ART S.A. Para así decidir entendió que la demanda entablada contra la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART) resultaba subsidiaria, limitada al cumplimiento de la ley 24.557 (Ley de Riesgos del Trabajo; LRT) y condicionada a que no prosperara su reclamo de reparación integral dirigido contra la empleadora, el que había sido admitido (fs. 849/851 de los autos principales a cuya foliatura se hará referencia en lo sucesivo).

2°) Que, con posterioridad, el 21 de diciembre de 2017, el tribunal de alzada dictó un nuevo pronunciamiento en el que consideró que en su anterior decisión había efectuado una evaluación parcial del objeto de la demanda y omitido tratar la responsabilidad civil de la ART por el accidente motivo de la acción, fundada en el art. 1074 del entonces vigente Código Civil por incumplimiento de los deberes de prevención que le imponen los arts. 4° y 31 de la LRT. En el entendimiento de que la aseguradora no había acreditado el cumplimiento de tales cargas, hizo uso de la facultad que le acuerda el art. 99 de la ley 18.345 para suplir de oficio cualquier omisión en que hubiere incurrido respecto de alguna de las pretensiones deducidas y discutidas por las partes dentro de los tres días siguientes a aquel en que dictó la resolución, y, en atención a que la anterior decisión no había sido notificada a los contendientes, corrigió su fallo anterior en cuanto revocaba, en ese aspecto, lo resuelto en primera instancia (v. fs. 852/853).

3°) Que contra dicha decisión Federación Patronal Seguros S.A. dedujo el recurso extraordinario (fs. 874/879), cuya denegación originó la presente queja.

Sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad la apelante aduce que lo resuelto conculca sus garantías constitucionales. Expresa que previamente al dictado del último fallo, la parte actora ya estaba notificada del anterior, pues había planteado recurso de aclaratoria. Alega que la nueva sentencia tampoco fue dictada a los tres días de emitida la anterior y que la sala ya carecía de competencia para pronunciarse, razones por las cuales pide que se declare la nulidad de la segunda sentencia.

Por otro lado, cuestiona también la responsabilidad civil que se le atribuye por cuanto sostiene que el trabajador no se encontraba incluido en la nómina del contrato de afiliación suscripto oportunamente con la empleadora.

4°) Que si bien los agravios expuestos remiten al tratamiento de cuestiones de hecho y de derecho común y procesal, los señalamientos respecto de lo resuelto en exceso de los límites de la simple corrección de algún concepto oscuro o del hecho de suplir alguna omisión cuando la cámara ya había perdido su jurisdicción, suscita cuestión federal bastante para su consideración en la instancia extraordinaria cuando, como en el presente, se produjo una alteración sustancial de la decisión definitiva dictada en la causa (Fallos: 331:499).

5°) Que, en efecto, de acuerdo con las fechas de las decisiones del *a quo*, señaladas en los considerandos 1° y 2° de la presente, es claro que el segundo pronunciamiento no fue dictado dentro de los 3 días de emitido el anterior como prevé la norma del art. 99 de la ley 18.345, sino más de un mes después (17 de noviembre de 2017 y 21 de diciembre de 2017, respectivamente).

6°) Que, por otro lado, contrariamente a lo argumentado por la sala, la parte actora ya había presentado recurso de aclaratoria el 23 de noviembre de 2017 contra el primero de los pronunciamientos en el que indicó que se había notificado de este el 21 del mismo mes y año. El escrito pertinente, sin embargo, fue glosado con posterioridad a la resolución aclaratoria (v. fs. 854/856). Además, el 6 de diciembre de 2017, la misma parte actora interpuso un recurso extraordinario federal –en el que cuestionaba la eximición de responsabilidad civil de la aseguradora (fs. 857/869)– que, aunque su foliatura es posterior, fue presentado quince días antes del nuevo fallo. Sobre el particular, cabe poner de resalto que dicho remedio, finalmente, fue desistido por la in-

teresada a raíz de una intimación cursada en tal sentido por el propio tribunal de alzada tras la emisión de su segundo pronunciamiento (v. fs. 870/871 y 872).

7°) Que, en las condiciones expuestas, es claro que, sin haber sustanciado los recursos interpuestos por la actora y con prescindencia de los límites impuestos a su facultad de corregir errores u omisiones con arreglo al art. 99 de la ley 18.345, la sala dictó una nueva sentencia que modificó diametralmente la solución dada a la causa en su anterior decisión, con grave afectación del derecho de defensa de la apelante.

Por tanto, corresponde hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario y declarar la nulidad de la resolución aclaratoria y de las dictadas en consecuencia, lo que torna innecesario el tratamiento del resto de los agravios planteados. Los autos deberán volver al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se provean las presentaciones articuladas.

Por ello, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario y se declara la nulidad de la resolución de fs. 852/853 y de las dictadas en su consecuencia. Costas por su orden en razón de la índole de la cuestión planteada. Agréguese la queja al expediente principal, reintégrese el depósito allí efectuado a fs. 40 y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se provean las presentaciones articuladas. Notifíquese y remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti (en disidencia).

Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Horacio Rosatti

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presentación directa. Declárase perdido el depósito de fs. 40. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por la **Federación Patronal Seguros S.A.**, representada por el **Dr. Juan Agustín Massa.**

Tribunal de origen: **Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 4.**

HERRERO GALLEGO, LUCAS MARTÍN Y OTROS S/ EXTRADICIÓN

EXTRADICION

El examen de la doble incriminación no exige identidad normativa entre los tipos penales en que las partes contratantes subsumieron los hechos que motivan el pedido de extradición, sino que lo relevante es que las normas del país requirente y requerido prevean y castiguen en sustancia la misma infracción penal.

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

EXTRADICION

Los tribunales del país requerido no pueden modificar la calificación efectuada por los del país requirente; por ello debe confrontarse su descripción del hecho con el ordenamiento penal argentino, a fin de determinar si aquél es subsumible en algún tipo penal conminado con una pena, sin que para esta constatación el juez de la extradición esté afectado por el nomen iuris del delito.

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

EXTRADICION

La tarea de subsunción en la legislación nacional presenta ciertas características peculiares, específicas de la naturaleza del proceso de extradición; la doble subsunción no se realiza en un mismo plano, pues mientras que el examen de la adecuación a un tipo legal del país requirente se efectúa sobre la base de un hecho hipotético que ese país pretende probar, el examen de su adecuación a un tipo legal del país requerido se efectúa sobre la base de que ese hecho, hipotéticamente, cayese bajo su ley, es decir, mientras que para el país requirente la existencia del hecho es hipotética, para el país requerido lo hipotético es que el hecho caiga bajo su jurisdicción.

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

EXTRADICION

Ante la existencia de un tratado, sus disposiciones y no las de la legislación interna son las que rigen el pedido de extradición, ya que lo contrario importaría apartarse del texto de un acto emanado del acuerdo de dos Estados.

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

EXTRADICION

Es procedente el pedido de extradición pues sin perjuicio de la denominación que las autoridades requirentes le dieron a los delitos o la exigencia emanada de sus leyes federales para establecer la competencia de ese fuero en función de la constatación de elementos particulares como la utilización de los servicios postales u otras facilidades que afecten el comercio interestatal o extranjero, lo cierto es que en virtud del artículo 2.3, incisos a) y b), del tratado bilateral entre Argentina y Estado Unidos, ambos Estados han convenido que esa previsión específica no obsta a la procedencia de la extradición cuando, más allá de la modalidad comisiva, el objeto de la investigación descripta se refiere a un grupo de personas envuelto en una maniobra defraudatoria muy clara que reprimen los arts. 1341 y 1343 del Código de los Estados Unidos.

-Del dictamen de la procuración general al que la Corte remite-

EXTRADICION

Es procedente el pedido de extradición pues sin perjuicio de la denominación que las autoridades requirentes le dieron a los delitos o la exigencia emanada de sus leyes federales para establecer la competencia de ese fuero en función de la constatación de elementos particulares como la utilización de los servicios postales u otras facilidades que afecten el comercio interestatal o extranjero, lo cierto es que en virtud del artículo 2.3, incisos a) y b), del tratado bilateral entre Argentina y Estado Unidos, ambos Estados han convenido que esa previsión específica no obsta a la procedencia de la extradición cuando, más allá de la modalidad comisiva, el objeto de la investigación descripta se refiere a un grupo de personas envuelto en una maniobra defraudatoria muy clara, careciendo de relevancia que nuestra ley no tipifique la defraudación por aquellas vías, debiendo tenerse por subsumidos los hechos en el delito de estafa (art. 172 de nuestro Código Penal).

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

EXTRADICION

Las consideraciones sobre la falta de pruebas para establecer el grado de participación de los requeridos en los hechos y de la forma en que funcionaría el instrumento de la delación premiada en el Estado requirente son improcedentes, pues el proceso de extradición no reviste el carácter de un verdadero juicio criminal, en tanto no envuelven el conocimiento del proceso en el fondo, ni implican decisión alguna sobre la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido en los hechos que dan lugar al reclamo, debiéndose incluir solo las discusiones referidas a la identidad de la persona cuya entrega se reclama y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes y, en su caso, los tratados que gobiernan el proceso.

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

EXTRADICION

Las cuestiones en torno a la validez de la prueba o de los actos procesales, las que se dirigen a cuestionar la legalidad de los tipos penales del ordenamiento jurídico extranjero o de ciertos institutos propios del sistema de investigación del Estado requirente y las referidas a que la prueba para vincular al requerido con el hecho atribuido resultaba notoriamente insuficiente y a que el proceso carecía del control de una

defensa técnica, constituyen defensas de fondo que han de ser interpuestas en la causa que motiva la solicitud y resueltas por la autoridad judicial extranjera, ya que lo contrario conduce a desnaturalizar el procedimiento de la extradición, que debe ser favorable al propósito de beneficio universal que tiende a perseguir el juzgamiento de criminales o presuntos criminales, no admitiendo, por tal circunstancia, otros reparos que los derivados de la soberanía de la Nación requerida y de las condiciones fundamentales escritas en las leyes y en tratados.

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

EXTRADICION

La especial naturaleza de la extradición no autoriza una revisión exhaustiva de los elementos que integran el proceso que se le sigue a la persona en el país requirente, pues imponerle a jueces ajenos al proceso (como lo son los de la extradición) resolver cuestiones, quizás intrincadas, como la validez y fiabilidad de la prueba, sobre la base de un conocimiento imperfecto de los hechos de la causa -ya que el juez argentino sólo cuenta con los elementos indispensables para verificar si se cumplen los requisitos para conceder la extradición y no aquéllos que le permitirían expedirse sobre la responsabilidad de los extraditables- trae como peligrosa consecuencia que puedan dictarse decisiones infundadas que podrían pesar en contra de los propios intereses de los imputados.

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

EXTRADICION

La condición de nacionales argentinos de los requeridos no obsta a la procedencia de la extradición en virtud de lo previsto en el artículo 3 del tratado bilateral suscripto entre Argentina y Estado Unidos.

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

EXTRADICION

Razones de equidad y justicia que reconocen sustento en las normas de derecho internacional de los derechos humanos que obligan a los países, aconsejan que el juez de la causa ponga en conocimiento del país requirente el tiempo de privación de libertad al que estuvieron su-

jetos los requeridos en este trámite de extradición, con el fin de que las autoridades jurisdiccionales competentes extranjeras arbitren las medidas a su alcance para que ese plazo de detención se compute como si los requeridos lo hubiesen sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 6 resolvió no conceder la extradición de Lucas Martín H G y Gustavo Hernán G, solicitada por las autoridades de los Estados Unidos de América por los delitos de fraude electrónico y postal.

Para ello consideró, en síntesis, que las conductas así reprimidas por el ordenamiento jurídico del país requirente no eran subsumibles en la ley penal argentina (artículo 2.1 del tratado bilateral, cfr. ley 25126). Ponderó, además, que no estaba establecido claramente el grado de participación de los requeridos en los hechos y cuestionó, por último, la prueba que se produjo en su contra en el proceso de origen.

Contra esa sentencia, el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso ordinario de apelación, que fue concedido y respecto del cual V.E. corrió vista a esta Procuración General (fojas 257, 258 y 263).

-II-

Estimo oportuno referirme de modo preliminar a una cuestión formal vinculada con el plazo para la presentación del memorial en casos como el *sub judice*.

Al dictar sentencia el 16 de febrero de 2016 in re *"Rigaud, Daniel Phillippe s/ extradición"* -expte. CSJ 253/2014 (50R)/CSI- y tal como se cita en el auto de fojas 263, V.E. señaló *"la conveniencia de que, en lo sucesivo, en la sustanciación de apelaciones ordinarias interpuestas por el Ministerio Público Fiscal en el traslado para fundar el recurso, se explicite que se formula por diez días, bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado, en el marco de lo dispuesto por el artículo 280, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación"* (considerando 8 °).

Aun cuando desde entonces esta Procuración General ha observado esa nueva interpretación del plazo para tales supuestos, al igual que al expedirme el 14 de junio de 2017 in re *"D, Gastón Heberto s/ extradición"* (expte. FRO 24816/2014/ CS1) y el 1° de febrero del corriente año *in re "V Yaakov Kopul s/extradición"* (expte. CFP 7264/2016/CS1), habré de insistir en la solicitud de reconsideración de esta cuestión para lo futuro, con fundamento en que después de aquel pronunciamiento el Tribunal se ha integrado en su totalidad y ello podrá enriquecer el debate a partir de la ponderación de los siguientes argumentos.

La razón esencial para seguir ese criterio radica en que la intervención de este Ministerio Público en procesos de esta naturaleza excede la mera calidad de *"parte apelante"*. En efecto, ella resulta imperativa por la función de representar *"en el trámite judicial el interés por la extradición"* asignada en el artículo 25 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal 24767. Cabe recordar que esa representación no es subsidiaria, pues se mantiene aun cuando el Estado requirente haya tomado la intervención *"como parte en el trámite judicial por medio de apoderados"* que autoriza el segundo párrafo de ese precepto.

Esa previsión legal abona el carácter *sui generis* que cabe atribuir al rol que ejerce el Ministerio Público en estos expedientes y permite afirmar que -en su caso- la calidad de *"parte"* correspondería al Estado que se presenta en las actuaciones en esos términos, pues su objetivo -a diferencia del que guía al fiscal- se dirige exclusivamente a que prospere la extradición solicitada.

El temperamento que postulo también se sustenta en la obligada actuación que, incluso desde el inicio de la causa, le imponen a este órgano los artículos 22, 29, 33, 46 a 48 de esa norma, referidos a su presentación judicial, identificación del requerido, su excarcelación y arresto provisorio. Asimismo, el artículo 3, segundo párrafo, de la ley 27148, prevé que *"interviene y gestiona en el país todos los pedidos de extradición realizados por otros Estados"*.

Según lo veo. esa especial calidad de *"parte"* que el legislador le asignó en esta clase de procesos, también responde al carácter de "*magistratura de control*" que el Ministerio Público Fiscal ejerce de conformidad con el artículo 120 de la Constitución Nacional, y que V.E. ya había reconocido en el precedente de Fallos: 311:593, *"a fin de custodiar el orden público y la defensa del orden jurídico en su integridad"* (página 596). Con directa referencia a juicios de extradición y a

que su actuación en esos casos no es en el ejercicio de la acción penal pública sino para vigilar el fiel cumplimiento de las leyes y reglas de procedimiento, ese rol funcional ha sido destacado, bajo la vigencia del Código de Procedimientos en Materia Penal, en Fallos: 311:1925 y 319:1464; y, ya sancionada la ley 24767, esa doctrina se mantuvo en Fallos: 330:2507.

En esa misma inteligencia y con mayor precisión, en el precedente "Peyrú" (Fallos: 316:1853) sostuvo que concedido el recurso ordinario de apelación contra las sentencias dictadas en materia de extradición, debe darse vista al Procurador General, *"pues él no se halla equiparado a una parte particular en el proceso"*. Este criterio fue reafirmado *in re "Green"* (Fallos: 317:1498).

En similar sentido, cabe agregar que las particularidades descriptas autorizan a sostener que el planteo que efectúo no compromete en modo alguno el *"principio de igualdad de armas"* que debe regir con la defensa del *extraditurus* (Fallos: 328:3233), pues es claro que la singular intervención que compete al Ministerio Público tanto en primera instancia como ante V.E., reviste ese carácter mixto que -en muchas ocasiones- incluso redunda en beneficio del requerido.

Así las cosas, estimo que la estricta interpretación del artículo 280, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación realizada *in re "Rigaud"*, no consulta acabadamente los alcances del cuadro normativo y jurisprudencial reseñado ni su incidencia en los supuestos de apelaciones ordinarias deducidas por los fiscales federales contra fallos adversos a la extradición, lo cual implica la incorporación de una severa limitación práctica a las funciones propias que desde esta sede se ejercen ante la Corte en la materia.

Por ello, sin perjuicio de dictaminar sobre el fondo del asunto en observancia del temperamento en cuestión, solicito al Tribunal que reconsidere para lo sucesivo la inteligencia del plazo aplicable efectuada en el precedente citado.

-III-

Al abordar ese cometido, cabe recordar que según la doctrina de V.E. el examen de la doble incriminación no exige identidad normativa entre los tipos penales en que las partes contratantes subsumieron los hechos que motivan el pedido de extradición, sino que lo relevante es que las normas del país requirente y requerido prevean y castiguen en sustancia la misma infracción penal (Fallos: 323:3055; 326:3696; 330:3673 y 331:505, entre muchos otros).

De conformidad con inveterada doctrina de la Corte, los tribunales del país requerido no pueden modificar la calificación efectuada por los del país requirente (Fallos: 315:575 y sus citas). Por ello debe confrontarse su descripción del hecho con el ordenamiento penal argentino, a fin de determinar si aquél es subsumible en algún tipo penal conminado con una pena (Fallos: 326:991), sin que para esta constatación el juez de la extradición esté afectado por el *nomen iuris* del delito (Fallos: 284:459, considerando 5°, y 326:4415).

Dicho criterio responde a que la tarea de subsunción en la legislación nacional presenta ciertas características peculiares, específicas de la naturaleza del proceso de extradición. En efecto, la doble subsunción no se realiza en un mismo plano, pues mientras que el examen de la adecuación a un tipo legal del país requirente se efectúa sobre la base de un hecho hipotético que ese país pretende probar, el examen de su adecuación a un tipo legal del país requerido se efectúa sobre la base de que ese hecho, hipotéticamente, cayese bajo su ley. Es decir, *"mientras que para el país requirente la existencia del hecho es hipotética, para el país requerido lo hipotético es que el hecho caiga bajo su jurisdicción"* (Fallos: 329:1245, considerando 55 y, del voto de la doctora Argibay, considerando 48, y apartado V -y sus citas-Del dictamen de esta Procuración General, cuyos fundamentos hizo propios la Corte Suprema).

Además, en lo que se refiere específicamente a las entreayudas con el país aquí reclamante, el tratado bilateral prevé especiales reglas de interpretación que han sido omitidas por el *a quo*, quien basó su criterio exclusivamente en la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal y en los precedentes de V.E. sobre "doble incriminación" citados en la sentencia apelada.

Así, en el acuerdo aplicable se contempla que *"un delito será extraditable independientemente de que: (a) Las leyes de las Partes tipifiquen o no las acciones u omisiones que constituyen el delito dentro de la misma categoría de delito o denominen o no el delito con la misma terminología; o (b) El delito fuera o no un delito para el cual las leyes federales de los Estados Unidos de América requieren la constatación de elementos tales como el transporte interestatal o, el uso de correos u otras facilidades que afecten el comercio interestatal o extranjero, siendo el propósito de tales elementos establecer la jurisdicción en los Tribunales Federales de los Estados Unidos de América"* (artículo 2.3).

Resulta oportuno recordar que ante la existencia de un tratado, sus disposiciones y no las de la legislación interna son las que rigen

el pedido de extradición, ya que lo contrario importaría apartarse del texto de un acto emanado del acuerdo de dos Estados (Fallos: 332:1309 y sus citas).

Es entonces desde esa regla expresamente convenida por las partes que debe verificarse si los hechos, tal como están relatados, son subsumibles -en sustancia- en alguna o algunas de las figuras de nuestro ordenamiento penal.

Surge de lo informado por las autoridades requirentes que H G y G, desde marzo de 2011 hasta aproximadamente junio de 2013, estuvieron involucrados en un negocio de marketing fraudulento, con asiento en Buenos Aires, Argentina, y Miramar, Florida, Estados Unidos de América, que operaba bajo diversos nombres (S Inc.; C I Inc.; A T and S Corp.; B inc.; D I G Inc.; G Group inc., S L; U S 1 L; G I inc.; S inc.; S inc. y C inc.)

En ese contexto, los requeridos supervisaban y estaban a cargo de un *call center* de telemarketing para la empresa S en Buenos Aires, cuyos empleados contactaban telefónicamente a consumidores de habla hispana en los Estados Unidos de América. con el objetivo de venderles diversos productos, que tras la compra aseguraban irían acompañados de regalos, simulando estar afiliados con una red televisiva de habla hispana de ese país. Asimismo, amenazaban a los consumidores que se negaban a pagar los envíos de S con consecuencias infundadas como multas en las cuentas de gas y electricidad, arresto y deportación.

Cuando los consumidores acordaban la compra de los productos, H G y G les hacían enviar los paquetes vía el servicio de correo postal del país solicitante o por correo privado como Federal Express, los que normalmente no contenían los productos ordenados ni los regalos (como relojes de marcas lujosas) que se les había prometido.

Finalmente, para evitar ser detectados, los requeridos hicieron que la empresa S cambiara su razón social cuando entendieron que las quejas de los compradores presentaban un obstáculo para las ventas y así poder continuar con su negocio.

Por estos hechos, se presentó el 29 de marzo de 2016 en el Juzgado Federal para el Distrito Sur de Florida el documento acusatorio N° 16-CR-20193-CR-COOKE/TORRES. donde se describen el cargo uno: conspiración para cometer el delito de fraude electrónico y postal, en violación del Título 18 del Código de los Estados Unidos de América, artículos 1341, 1343 y 1349; cargo dos al quince: fraude postal, o asistir e incitar a la comisión de aquel delito, en violación del Título 18 del

Código de los Estados Unidos de América, artículos 1341 y 2; y cargo dieciséis al treinta y dos: fraude electrónico, o asistir e incitar a la comisión de aquel delito, en violación del Título 18 del Código de los Estados Unidos de América, artículos 1343 y 2 (fojas 13/16).

Como puede apreciarse, sin perjuicio de la denominación que las autoridades requirentes le dieron a los delitos o la exigencia emanada de sus leyes federales para establecer la competencia de ese fuero en función de la constatación de elementos particulares como la utilización de los servicios postales *"u otras facilidades que afecten el comercio interestatal o extranjero"*, lo cierto es que en virtud de los ya aludidos términos del artículo 2.3, incisos a) y b), del tratado, ambos Estados han convenido que esa previsión específica no obsta a la procedencia de la extradición cuando, como en el caso y más allá de esa modalidad comisiva, el objeto de la investigación descripta se refiere a un grupo de personas envuelto en una maniobra defraudatoria muy clara, que consistía en inducir mediante ardides o engaños a los consumidores a adquirir productos que una vez abonados no les eran entregados según lo convenido.

Esa conducta es la que, en definitiva, reprimen los artículos 1341 y 1343 *supra* citados, que han sido transcriptos en la Prueba "A" del legajo enviado con la solicitud de extradición (ver certificación de fojas 18), cuya copia simple -que se acompaña- fue obtenida desde este despacho al no haber sido elevada por el *a quo* a V.E.

Por consiguiente, al carecer de relevancia que nuestra ley no tipifique la defraudación por aquellas vías, debe tenerse por subsumidos los hechos en el delito de estafa, previsto y reprimido por el artículo 172 de nuestro Código Penal.

Asimismo, con arreglo al artículo 2.2, inciso b), en función del 2.1 de aquel instrumento internacional, corresponde añadir en cuanto al. número de integrantes que exige el artículo 210 del Código Penal argentino al tipificar la asociación ilícita, que en el *sub judice* se habría configurado para cometer aquel delito contra la propiedad y por la cual también se requiere a H G y G (artículo 1349 ya citado), que más allá de solicitarse en estas actuaciones la entrega de dos personas solamente y de la constante referencia, tanto de los nombrados como de quienes fueron citados como testigos a propuesta de sus defensas, sobre quiénes habrían sido los titulares del *call center* -Daniel C y Martín G- la acreditación de ese elemento objetivo del tipo también surge de la "acusación formal" acompañada con el pedido de extradición, donde además de describirse los cargos imputados, se indica que *"Daniel C*

y Martín G eran residentes del sur de Florida que eran propietarios de la empresa y el centro de llamadas argentino" (Prueba "B" -punto 4 de las "alegaciones generales"). Es pertinente agregar en este sentido, que la intervención de estos últimos en los hechos, e incluso la calidad de empleados que los *extraditurus* registraban en la empresa S, surge del testimonio incorporado como Prueba "D" (en especial apartados 9 a 18).

Por lo demás, frente a los comprobantes que con miras a acreditar la relación laboral con otras razones sociales -Markitel, Prodnat y, respecto de G también Latintel- han presentado ambas defensas (fojas 126/32 y 138/48), es ilustrativo señalar que a fojas 203/6 el testigo Pablo V además de mencionar que el último día que trabajó en el *call center* supo *"que los dueños quedaron detenidos en EE. UU"*. hizo referencia -tal como se indica en el pedido de entreayuda y en la citada Prueba "D"- a los cambios de razón social *"cuando había una empresa que tenía muchos reclamos"*, entre las que mencionó *"D", "S" y "B"*, denominaciones que responderían a nombres del entorno familiar de los propietarios y que han sido incluidas en la enumeración que contiene el pedido de extradición (fojas 14).

A mayor abundamiento y para finalizar este aspecto del dictamen, corresponde señalar que si bien el *a quo* invocó lo resuelto en la sentencia *"Jinkis"*, dictada el 18 de octubre de 2016 por el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 11, donde -sin intervención de esta instancia por ausencia de recurso- quedó firme el rechazo de la entreayuda solicitada para el juzgamiento de delitos similares a los de autos (http://www.cij.gov.ar/nota-23560-Caso-FIFA--el-juez-Bonadio,,rechaz--el-pedido-de-extradici-n-de-Eduardo-Deluca-y-de-Hugo-v-Mariano-Jinkis.html), la Corte, en otra oportunidad, había considerado extraditables los delitos previstos en el Título 18 del Código de los Estados Unidos de América, artículos 1343 y 2, *in re "Truppel"* (CSJ 37/2013 (49-T)/CS1, resuelta el 11 de agosto de 2015, confr. la descripción de cargos enunciada en el respectivo dictamen). En ese pronunciamiento -cabe recordar- V.E. juzgó procedente la entrega por el cargo de "conspiración" para cometer fraude por cable, en el marco del delito de estafa por cable (considerando 12). Como puede advertirse, ese criterio engloba los tipos penales referidos en los cargos que se imputan a H G y G, y abona la postura de este Ministerio Público.

En tales condiciones, acreditada de ese modo la doble identidad de la sustancia de las infracciones por las que se requiere la extradición de los nombrados, opino que corresponde revocar lo resuelto y declarar su procedencia.

-IV-

En relación a lo considerado en la sentencia respecto de la falta de pruebas para establecer el grado de participación de los requeridos en los hechos y de la forma en que funcionaría el instrumento de la delación premiada en el Estado requirente, debo recordar que estas actuaciones no revisten el carácter de un verdadero juicio criminal, pues no envuelven el conocimiento del proceso en el fondo, ni implican decisión alguna sobre la culpabilidad o inculpabilidad del individuo requerido en los hechos que dan lugar al reclamo (Fallos: 329:1245), razón por la cual no caben aquí otras discusiones que las referentes a la identidad de la persona cuya entrega se reclama y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes y, en su caso, los tratados que gobiernan el proceso (Fallos 324:1694).

A este respecto, se ha dicho que las cuestiones en torno a la validez de la prueba o de los actos procesales (Fallos: 331:2249, apartado II del dictamen de esta Procuración General al que V.E. hizo remisión); las que se dirigen a cuestionar la legalidad de los tipos penales del ordenamiento jurídico extranjero (Fallos: 320:1775) o de ciertos institutos propios del sistema de investigación del Estado requirente (Fallos: 330:2065); y las referidas a que la prueba para vincular al requerido con el hecho atribuido resultaba notoriamente insuficiente y a que el proceso carecía del control de una defensa técnica (Fallos: 333:1205), constituyen defensas de fondo que han de ser interpuestas en la causa que motiva la solicitud y resueltas por la autoridad judicial extranjera con competencia para ello, ya que lo contrario conduce a desnaturalizar el procedimiento de la extradición, que debe ser favorable al propósito de beneficio universal que tiende a perseguir el juzgamiento de criminales o presuntos criminales, no admitiendo. por tal circunstancia, otros reparos que los derivados de la soberanía de la Nación requerida y de las condiciones fundamentales escritas en las leyes y en tratados (Fallos: 324:3484).

Ello obedece a que la especial naturaleza de este trámite no autoriza -como las defensas lo han intentado al alegar- una revisión exhaustiva de los elementos que integran el proceso que se le sigue a la persona en el país requirente (Fallos: 324:1694). dado que imponerle a jueces ajenos al proceso (como lo son los de la extradición) resolver cuestiones, quizás intrincadas, como la validez y fiabilidad de la prueba, sobre la base de un conocimiento imperfecto de los hechos de la causa -ya que el juez argentino sólo cuenta con los elementos indispensables para verificar si se cumplen los requisitos para conceder la

extradición y no aquéllos que le permitirían expedirse sobre la responsabilidad de los extraditables- trae como peligrosa consecuencia que puedan dictarse decisiones infundadas que podrían pesar en contra de los propios intereses de los imputados (Fallos: 329:1245).

Por consiguiente, al tratarse de fundamentos que se refieren a cuestiones que atañen al fondo del asunto que se ventila en el juicio que se sigue a H G y a G en el Estado solicitante, entiendo que su invocación por el *a quo* resulta aquí impertinente y ello concurre a descalificar el fallo.

-V-

Resta agregar, frente a lo planteado por los nombrados y por uno de los letrados defensores durante el debate, que la condición de nacionales argentinos de ambos requeridos no obsta a la procedencia de la extradición en virtud de lo previsto en el artículo 3 del tratado bilateral.

Por último, razones de equidad y justicia que reconocen sustento en las normas de derecho internacional de los derechos humanos que obligan a ambos países, aconsejan que -de prosperar esta impugnación- el juez de la causa ponga en conocimiento del Estado solicitante el tiempo de privación de libertad al que estuvieron sujetos los requeridos en este trámite. Ello, con el fin de que la autoridad jurisdiccional competente extranjera arbitre las medidas a su alcance para que ese plazo de detención se compute como si 'lo hubiesen sufrido en el proceso principal (Fallos: 329:1245; 331:2298, entre otros).

-VI-

Así las cosas, acreditados como se encuentran los demás requisitos previstos tanto en ese instrumento internacional como en la ley 24767, de aplicación supletoria, mantengo el recurso ordinario de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal y solicito a V.E. que:

l) Tenga por acompañada la copia simple de las actuaciones remitidas por el Estado requirente con la solicitud de extradición, a las que se ha hecho referencia;

2) Revoque la sentencia de fojas 223/233 y declare procedente la extradición de Lucas Martín H y Gustavo Hernán G. teniendo en cuenta lo expresado en el apartado V respecto del cómputo del tiempo de detención en estas actuaciones; y

3) Reconsidere la cuestión analizada en el apartado II de este dictamen.

Buenos Aires, 9 de febrero de 2018. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de febrero de 2021.

Vistos los autos: "Herrero Gallego, Lucas Martín y otros s/ extradición".

Considerando:

1°) Que el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 6 declaró improcedente la extradición de Gustavo Hernán Giménez y de Lucas Martín Herrero Gallego solicitada por las autoridades de los Estados Unidos de Norteamérica por los delitos de conspiración para cometer el delito de fraude electrónico y postal (cargo uno); de fraude postal, o de asistir o incitar a la comisión de este delito (cargos dos al quince) y fraude electrónico, o de asistir o incitar a la comisión de este delito (cargos dieciséis al treinta y dos) por entender que no estaba satisfecha la exigencia de doble incriminación y que tampoco estaba establecido con claridad el grado de participación de los requeridos en los hechos, la que tampoco estaba sustentada en prueba de entidad (fs. 223/233).

2°) Que, contra esa resolución, el representante del Ministerio Público Fiscal en esa instancia interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 257) que fue concedido a fs. 258 y fundado en esta instancia por el señor Procurador General de la Nación interino (fs. 359/365). A su turno, las defensas de los requeridos solicitaron se confirmara el auto apelado (fs. 371/378 y 379/384).

3°) Que por las razones brindadas en oportunidad de resolver en la causa FRO 24816/2014/CS1 "Duzac, Gastón Heberto s/ extradición", sentencia del 22 de agosto de 2019, (considerandos 3° y 4° del voto de la mayoría y del voto en disidencia del juez Maqueda), a las que cabe remitir en razón de la brevedad, no cabe hacer lugar al pedido del Ministerio Público Fiscal para que se reconsidere la inteligencia asig-

nada, en la causa CSJ 253/2014 (50-R)/CS1 "Rigaud, Daniel Phillipe s/ extradición", resuelta el 16 de febrero de 2016, al artículo 280, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

4°) Que, sentado ello, esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones desarrollados en los acápites III, IV y V del referido dictamen del señor Procurador General de la Nación interino, a los que remite, en lo pertinente, para revocar la sentencia apelada.

Asimismo, corresponde aquí precisar, conforme lo consignado en el acápite V del dictamen antes mencionado, razones de equidad y justicia que reconocen sustento en las normas de derecho internacional de los derechos humanos que obligan a ambos países, aconsejan que el juez de la causa ponga en conocimiento del país requirente el tiempo de privación de libertad al que estuvieron sujetos los requeridos en este trámite de extradición, con el fin de que las autoridades jurisdiccionales competentes extranjeras arbitren las medidas a su alcance para que ese plazo de detención se compute como si los requeridos lo hubiesen sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento.

Por ello, de conformidad con el señor Procurador General de la Nación interino, el Tribunal resuelve: I) No hacer lugar al pedido de reconsideración solicitado por el Ministerio Público Fiscal y II) Hacer lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y revocar la resolución apelada en cuanto rechazó el pedido de extradición que de Gustavo Hernán Giménez y Lucas Martín Herrero Gallego efectuó Estados Unidos de Norteamérica y declarar procedente la extradición a ese país para su juzgamiento.

Notifíquese, tómese razón y devuélvase al juez de la causa para que cumpla con lo aquí resuelto.

Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Horacio Rosatti.

Recurso ordinario interpuesto por el **Dr. Federico Delgado, Fiscal Federal.**

Memorial fundado por el **Dr. Eduardo Ezequiel Casal, Procurador General de la Nación interino.**

Traslados contestados por **Lucas Martín Herrero Gallego**, asistido por los **Dres. Sergio Samuel Arenas y Germán Diego Balaz;** y por **Gustavo Hernán Giménez**, asistido por el **Dr. Nahuel Berguier.**

Tribunal de origen: **Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 6.**

SALA DE NORO, AMALIA ÁNGELA s/ P.S.A. AMENAZAS

RECURSO EXTRAORDINARIO

La autonomía que la Constitución Nacional reconoce a las provincias requiere que se reserven a sus jueces las causas que en lo sustancial del litigio versen sobre aspectos propios de esa jurisdicción, en virtud del respeto debido a sus facultades de darse sus propias instituciones y regirse por ellas.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Los pronunciamientos por los cuales los más altos tribunales provinciales deciden acerca de los recursos locales que le son llevados a su conocimiento no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario, salvo que se demuestre una lesión clara a un derecho de raigambre federal o que la sentencia, por sus graves defectos de fundamentación o razonamiento, no constituye una derivación razonada del derecho vigente, aplicado a las circunstancias de la causa.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Es inadmisible el recurso extraordinario si se ha incumplido la acordada 4/2007, excediendo el escrito largamente el límite de cuarenta páginas fijado en el art. 1 de dicha norma y defensa ha omitido acompañar copia del dictamen fiscal que el tribunal superior hizo suyo y, como tal, es parte de la sentencia apelada, incumpliendo de este modo lo previsto por el art. 7 inc. a de la acordada mencionada.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Es inadmisible el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que condenó a la imputada por la comisión del delito de amenazas (art. 149 bis, primera parte, del Código Penal), si los agravios de la recurrente carecen de la fundamentación exigida por el art. 15 de la ley 48, por lo que fallan en demostrar la afectación a los derechos y principios constitucionales invocados, o la configuración de un supuesto de arbitrariedad de sentencia, y solo traducen su desacuerdo con el criterio adoptado por el tribunal superior provincial, respecto de cuestiones de hecho y prueba, derecho común y derecho procesal local, fundado en razones que acuerdan sustento bastante a su decisión.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Es inadmisible el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que condenó a la imputada por la comisión del delito de amenazas (art.149 bis, primera parte, del Código Penal), si el agravio planteado prescinde de las constancias de la causa, y no ha demostrado una vulneración al derecho a la revisión amplia de la sentencia condenatoria reconocido por la Corte a partir del precedente "Casal" (Fallos: 328:3399), la que garantiza la realización del máximo de esfuerzo en el contralor e importa el agotamiento de la capacidad de revisión o rendimiento, es decir, revisar todo lo que se pueda revisar en cada caso.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Es inadmisible el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que condenó a la imputada por la comisión del delito de amenazas (art. 149 bis, primera parte, del Código Penal), si el agravio no explicita fundadamente el carácter dirimente de la cuestión ni tampoco las defensas conducentes que se vio privada de oponer, limitándose a predicar una abstracta afectación a su estrategia defensiva.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Para la procedencia del recurso extraordinario, no basta la aserción de una determinada solución jurídica si ella no está razonada, constituye agravio concretamente referido a las circunstancias del caso y contem-

pla los términos del fallo impugnado, del cual deben rebatirse, mediante una prolija crítica, todos y cada uno de los argumentos en que se apoya.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Resulta un claro déficit de fundamentación del recurso que el agravio se haya presentado a partir de premisas abstractas y genéricas que no encuentran suficiente apoyo en la breve referencia al precedente "Casal" (Fallos: 328:3399), sin una razonada explicación de cómo este resultaría aplicable frente a las diferencias sustanciales que presenta respecto de aquel.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Es inadmisible el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que condenó a la imputada por la comisión del delito de amenazas (art. 149 bis, primera parte, del Código Penal), si el planteo se basa en meras afirmaciones genéricas desprovistas de peso para desvirtuar las razones por las que el a quo homologó la condena a partir del análisis de temas de hecho, prueba y derecho procesal local, cuya apreciación constituye una facultad propia de los jueces de la causa en el marco de su jurisdicción excluyente, y que resulta ajena a esta instancia de excepción.

RECURSO EXTRAORDINARIO

La interpretación de los elementos necesarios para la integración de los delitos tipificados en la ley penal importa una facultad propia de los jueces de la causa, y constituye una cuestión de derecho común resuelta, en el caso, con fundamentación bastante de ese carácter y cuyo examen es, por ende, ajeno a la instancia extraordinaria.

FUNDAMENTACION AUTONOMA

La fundamentación autónoma consiste en que el escrito de interposición del recurso extraordinario traiga un prolijo relato de los hechos de la causa, que permita vincularlos con las cuestiones que se plantean como de naturaleza federal, exige rebatir todos y cada uno de los

fundamentos de la sentencia a través de una crítica concreta y razonada, sin que, incluso, valga a tal efecto una nueva crítica general a las líneas principales de la argumentación del pronunciamiento resistido; y a ello cabe agregar que tal deficiencia no puede ser suplida mediante el recurso de queja.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

La defensa de Milagro Amalia Ángela S acude en queja ante V.E. en virtud de la denegación del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Jujuy, que confirmó la condena dictada por la Cámara de Casación Penal provincial y redujo la pena que se le había impuesto, al fijarla en dos años de prisión efectiva bajo la modalidad de arresto domiciliario.

En las actuaciones que motivan esta presentación directa, S fue acusada por la comisión de dos delitos de amenazas, del artículo 149 bis del Código Penal, que tuvieron lugar el 13 de octubre de 2014, mediante dos comunicaciones telefónicas dirigidas, la primera, a Rubén Eduardo V -oficial de servicio de la comisaría seccional n° 56 de la policía provincial- y, la segunda, unos minutos más tarde, a Ángela Silvina C -jefa de la comisaría- en las que la imputada, por entonces diputada provincial, se interesó por el desarrollo de un procedimiento policial que se llevaba a cabo en esa seccional, expresó con insultos su disgusto en relación con el resultado de su gestión y afirmó que pondría una bomba con la que haría volar a quienes estaban allí.

a. El Tribunal en lo Criminal n° 2 de la ciudad de San Salvador de Jujuy, ante el cual se desarrolló el juicio, absolvió, por mayoría, a S (cf. fs. 843/879 vta. del expediente principal, agregado digitalmente al legajo de la queja). Los magistrados que conformaron esa mayoría entendieron que la prueba producida en el proceso dejaba lugar a dudas acerca del contenido de las expresiones de la acusada en las dos comunicaciones telefónicas del 13 de octubre de 2014 con V y con C Si bien no hallaron disputa en cuanto a la existencia de las llamadas, y a que en ellas la acusada expresó con insultos su enojo por el trámite del procedimiento policial que motivaba su contacto, los jueces considera-

ron que la única evidencia del contenido amenazante de sus expresiones -en el sentido de que pondría una bomba que los haría volar- eran los testimonios de cada uno de los destinatarios de las llamadas, V y C , los que, a su criterio, no se verían corroborados por otros hechos independientes. En particular, la testigo María Eugenia M -única persona, además de los nombrados, que habría escuchado los dichos de S , pues estaba junto a ella en el momento de, al menos, una de las llamadas- no recordó durante el juicio que la acusada dijera nada amenazante; y el comportamiento de los funcionarios policiales posterior a las comunicaciones habría sido tal que no daría muestras de que se hubiera recibido una amenaza como la denunciada, pues no habría ninguna anotación de la recepción de la amenaza en los registros de la comisaría, ni una alerta formal a su personal ante un potencial ataque como el alegado.

La aparente normalidad en la actividad de la comisaría que siguió a las llamadas telefónicas de S llevó también, por sí misma, a que los magistrados que integraron la mayoría desecharan la configuración del delito de amenazas, dado que en su lectura del artículo 149 bis del Código Penal, éste requeriría la provocación efectiva de un estado de amedrentamiento o, en palabras de uno de ellos, "el temor necesario que los obligue a tomar ciertas precauciones", algo que -juzgaron- no habría ocurrido (cf. fs. 859 vta./862 y 866/874; el texto transcripto corresponde a fs. 860 vta.).

b. La Cámara de Casación Penal de la provincia revisó la sentencia absolutoria a requerimiento de las partes acusadoras (cf. fs. 1039/1060 vta.). En primer lugar, consideró errónea la interpretación que el tribunal de juicio hizo del tipo legal de amenazas, en el sentido de que exigiría la efectiva producción de un estado de alarma o amedrentamiento, de manera que en ausencia de esa reacción emocional o psicológica de parte de las víctimas, o de su acreditación en el proceso, se impondría la absolución de la acusada. De acuerdo con la exégesis sostenida por la cámara, la cláusula del artículo 149 bis del Código Penal "se cumple con la sola realización de la conducta sancionada en cuanto es dirigida a quien se pretende alarmar o amedrentar y por ello, para consumarse requiere que el sujeto pasivo tome conocimiento de la amenaza, bastando que sean objetivamente idóneas para lograr dicha finalidad pero sin que se exija típicamente que la misma sea obtenida" (cf. fs. 1042 vta./1044 vta., del voto del magistrado que lideró el acuerdo unánime; el pasaje citado corresponde a fs. 1044). Así -concluyó el tribunal revisor en este punto- "requiriendo un recaudo que no exige el tipo penal, los argumentos que dieron base a la absolución llevaron a considerar si

ese estado -ponderado como un elemento inseparable del anuncio del mal- se encontraba probado, sellando la suerte de la acusación fiscal con la respuesta negativa que se dio a dicha cuestión" (fs. 1044 vta.).

En segundo término, la cámara sostuvo que no había razones para no tener por ciertas las declaraciones testimoniales de V y C En ese sentido, respaldó las observaciones del miembro del tribunal de juicio que votó en disidencia, en favor de la condena de la acusada, en cuanto subrayó que los testimonios habían sido coincidentes entre sí, y que "en la audiencia de juicio oral y público no se apreciaron indicadores de mendacidad, ni tampoco de animosidad o interés de las víctimas en perjudicar a la encartada" (fs. 1045 y 1050 vta.).

Asimismo, juzgó equivocada la conclusión de la mayoría del tribunal de la instancia anterior en la medida en que postuló que el comportamiento posterior a las llamadas cuestionadas que adoptaron los denunciantes no permitía corroborar sus testimonios. Esa posición -sostuvo la cámara- era el resultado de una desatención injustificada de prueba producida durante el proceso, como los testimonios de V y de otros dos oficiales de policía, Marcelo Ramón S y Jorge Orlando V , que cumplían funciones junto con aquél, quienes aludieron a un estado de alerta o apresto en la comisaría como consecuencia de las llamadas de la acusada; e incluso de la denuncia del hecho que cada víctima había radicado posteriormente (cf. fs. 1046, 1050/1051).

En especial, al negar que hubiese registro de los términos de las llamadas de S la mayoría del tribunal de juicio pasó por alto que en el "parte diario policial" de la comisaría, correspondiente al 13 de octubre de 2014, que figura agregado al expediente principal (fs. 18/20), sí se asentó, en contra de lo afirmado explícitamente en el pronunciamiento absolutorio (fs. 860 vta.), la comunicación recibida por V de parte de la acusada, de la que se anotó que "con palabras obscenas con insultos hacia el of. de servicio y la jefa titular de esta unidad amenazó con tomar represalias en cuanto al destino de trabajo" (cf. fs. 1046 vta., 1051, 1058/1059).

Finalmente, los jueces de casación valoraron la fuerza de convicción que cabía atribuirle al testimonio de M , quien declaró en el juicio que no había escuchado a S proferir amenaza alguna durante la comunicación telefónica que recordó presenciar. Su conclusión fue que el vínculo afectivo de la testigo con la acusada, y el hecho de que era ella misma la que había solicitado a S que se involucrara en el asunto -pues el procedimiento policial que motivó las llamadas afectaba intereses de la hija de M - socavaban la fiabilidad de sus dichos. Más aún, el ma-

gistrado que votó en segundo lugar se mostró incluso convencido de que M "no es sincera respecto a que nunca escuchó a S decir a V que les iba a poner una bomba y los iba a hacer volar a todos a la mierda" (fs. 1056 vta./1057 vta.; el texto transcripto corresponde a fs. 1057 vta.).

Con base principalmente en esas consideraciones, la cámara casó la sentencia recurrida y condenó a S como autora de dos delitos de amenazas, por los que le impuso la pena de tres años y dos meses de prisión.

c. La defensa llevó entonces el asunto ante el Superior Tribunal de Justicia de la provincia. En particular, postuló que, al valorar la prueba testimonial como lo hizo, la cámara violó los principios de oralidad e inmediación que rigen el procedimiento penal. Sobre la misma base objetó el uso de los asientos en el parte diario policial, pues esta evidencia -afirmó- no había sido mencionada por las partes acusadoras durante el debate. También se agravió por la interpretación que el tribunal revisor dio al artículo 149 bis del Código Penal, en el sentido de que no exigiría para su configuración la concreción de un estado de alarma o amedrentamiento en las víctimas. Esta lectura conculcaría la disposición del artículo 19 de la Constitución Nacional. Por último, criticó la valoración de la prueba en la que la cámara fundó su decisión condenatoria y atribuyó arbitrariedad a la determinación de la pena (cf. expediente n° PE-15491, agregado digitalmente al legajo de la queja, fs. 24/42).

d. La sala penal de la corte jujeña, a su turno, hizo lugar sólo parcialmente al recurso de la defensa, en lo que respecta a la determinación de la sanción impuesta, la que redujo a la pena de dos años de prisión, bajo la modalidad de arresto domiciliario, al hacer propias las consideraciones del juez del tribunal de juicio que había quedado en disidencia en la sentencia que puso fin al debate.

En lo que respecta a la condena, el tribunal supremo revisó y confirmó la interpretación del derecho y la valoración de la prueba que desarrolló la cámara en la instancia anterior y rechazó, consecuentemente, las objeciones que a ese respecto esgrimió la defensa en su recurso (cf. ídem, fs. 94/109; la sentencia ha sido incorporada sólo parcialmente en la digitalización del expediente -se han omitido las fs. 94/100 vta.-, su copia ha sido acompañada en fs. 2/17 del legajo de la queja, de las que, sin embargo, tampoco se han digitalizado las fs. 14 vta./16 -correspondientes a las fs.106 vta./108 del expediente PE-15491-, por lo que entre ambas digitalizaciones ha sido posible acceder a la decisión completa).

Este es el pronunciamiento contra el cual se dirigió el recurso extraordinario cuya denegación (cf. ibídem, fs. 162/166) motivó la presente queja.

-II-

En el escrito de interposición de la apelación del artículo 14 de la ley 48 (cf. ibídem, fs. 117/143 vta.), la defensa plantea las siguientes objeciones. Primero, se agravia por el alcance que el *a quo* dio a la revisión de la condena de la instancia anterior, la que -sostiene- no fue "integral" y, por ello, habría importado una privación del derecho de la acusada a recurrir el fallo condenatorio que garantizan los artículos 8.2.*h* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tal como lo ha interpretado V.E. en el precedente de Fallos: 337:901 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso "Mohamed v. Argentina" (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2012, Serie C, Nro. 255) (ibídem, fs. 126/128).

Por otro lado critica la utilización, como prueba decisiva en la condena, del parte diario policial en el que se registró la llamada recibida por V y su contenido amenazante agregado en fs. 18/20 del expediente principal- a pesar de que no había sido siquiera mencionado por las partes acusadoras en sus planteos durante el juicio. El sólo hecho de que el documento había sido regularmente incorporado al proceso -argumento en el que el *a quo* sostuvo la validez de su uso en el pronunciamiento condenatorio- no sería suficiente para rechazar la tesis de la apelante, en el sentido de que fundar en él la condena habría vulnerado el derecho de defensa que garantiza el artículo 18 de la Constitución Nacional (ibídem, fs. 128/129 vta.).

En tercer lugar, insiste en sus reclamos anteriores, en el sentido de que los principios de inmediación y oralidad que rigen el proceso penal impedirían a los tribunales revisores dictar sentencia como lo hicieron en esta causa, con base en el mérito de las declaraciones testimoniales brindadas durante la audiencia de juicio, respecto de la cual no se ha dejado más registro que un acta de debate (ibídem, fs. 129 vta./132); y que la interpretación del artículo 149 bis del Código Penal que realizó la cámara de casación y convalidó el tribunal supremo, al prescindir del requisito de que la amenaza produzca efectivamente un estado de temor o alarma en la víctima, "implica renunciar al principio de lesividad" que contendría el artículo 19 de la Constitución Nacional (ibídem, fs. 132/135 vta.).

Finalmente, reitera su crítica a la valoración probatoria de la cámara de casación -que había llevado como agravio a la consideración del *a quo*- a la que atribuye arbitrariedad, pues entiende que no es posible derivar de las premisas de las que parte, la certeza necesaria para condenar (ibídem, fs. 135 vta./143).

-III-

En mi opinión, la queja no es procedente, con independencia del incumplimiento que advierto -tal como lo hizo el *a quo* al denegar el recurso extraordinario (cf. fs. 162 vta. y 163/vta. del citado expediente PE-15491)- del recaudo del artículo 1 de la acordada n° 4/2007 del Tribunal.

En parte, los agravios de la recurrente se refieren al mérito de la prueba que hicieron los jueces de la causa. Específicamente, ponen en cuestión la fiabilidad que los magistrados de la cámara de casación y de la corte provincial -en línea con lo valorado inicialmente por el juez del tribunal de juicio que votó en disidencia, en favor de la condena- atribuyeron a los testimonios de los denunciantes, a los de los funcionarios policiales V y S y al de la señora M y a lo que cabe inferir de esos dichos, del registro del parte diario policial y del contexto en el que tuvieron lugar los hechos.

Esos cuestionamientos se extienden también a normas del procedimiento penal local, acerca de cómo han de registrarse las audiencias y de las formas en que los tribunales revisores han de ejercer sus funciones de control jurisdiccional de los pronunciamientos dictados en procesos orales, que son atribución exclusiva de las autoridades provinciales.

En esa medida, y sin perjuicio de cuanto se señalará en la sección siguiente, la apelación intentada, según lo aprecio, es inadmisible. Al respecto, debe recordarse que no le corresponde a la Corte sustituir a los jueces de la causa en temas de prueba y de derecho común que son propios de éstos, salvo que hubieran incurrido en desaciertos u omisiones de tal extrema gravedad que sus pronunciamientos no puedan ser tenidos como la sentencia fundada en ley que la Constitución asegura (cf. Fallos: 315:449, 332:2815, entre muchos otros).

En tal sentido, es criterio de V.E. que la doctrina de la arbitrariedad -a la luz de la cual pretende la apelante revisar el mérito de la prueba producida en el caso y la aplicación del procedimiento penal local- no puede ser invocada a fin de provocar un nuevo examen de cuestiones no federales cuya solución es del resorte exclusivo

de los tribunales de provincia, salvo que se demuestre su notorio desvío de las leyes aplicables o una total ausencia de fundamento; pues esa doctrina no pretende convertir a la Corte en un tribunal de tercera o cuarta instancia, ni tiene por objeto corregir fallos equivocados, sino que -como dije- sólo pretende remediar defectos realmente graves de fundamentación o razonamiento que impidan considerar a la sentencia como el acto jurisdiccional al que toda parte en un proceso tiene un derecho constitucional (cf. Fallos: 304:106, 312:608, 334:541, entre muchísimos).

La ausencia de elementos fundados que permitan advertir que en el *sub judice* se presenta esa situación excepcional, determina el criterio desestimatorio enunciado.

-IV-

Las demás objeciones de la defensa, que sí remiten de un modo u otro a cuestiones de naturaleza federal que, por principio, son capaces de habilitar la instancia extraordinaria ante el Tribunal, no han sido formuladas -en mi entender- con la fundamentación requerida por el artículo 15 de la ley 48.

En primer lugar, el planteo vinculado con la alegada privación del derecho a una revisión amplia de la sentencia condenatoria no refleja lo actuado por el tribunal supremo, o lo hace de modo parcial o inexacto. Si bien, como transcribe la apelante en el escrito de interposición del recurso extraordinario (cf. fs. 126 del expediente PE-15491), el *a quo* inició su argumentación, "en lo vinculado a la existencia del hecho y a la responsabilidad de la encartada", con la afirmación de que el recurso intentado era "improcedente toda vez que las objeciones formuladas al pronunciamiento constituyen simples discrepancias respecto de los fundamentos serios y suficientes desarrollados" por la cámara de casación (ídem, fs. 96/vta.), lo cierto es que inmediatamente después evaluó la sustancia de la decisión de condena.

En ese sentido, sostuvo la credibilidad de los testimonios de V y C con base en la ausencia de "interés o circunstancia alguna que hubiese podido influir sobre la voluntad de los deponentes para conducirlos, consciente o inconscientemente, a formular una falsa denuncia en perjuicio de la imputada"; lo que, junto con el asiento de la llamada en el parte diario policial, es suficiente -según lo juzgó- para tener por acreditadas las amenazas. La "seriedad o la idoneidad" de ellas la derivó, por su parte -como lo habían hecho los magistrados de la instancia anterior y la fiscalía- de "aspectos que

son de público y notorio conocimiento, a saber: el contexto social de la provincia al momento de los hechos y el peso de la imputada como dirigente social líder de la organización T A , con gran capacidad de movilización y de recursos", y de la prueba testimonial que abonaba esa situación (ibídem, voto del juez que se expidió en primer lugar, en especial, fs. 96 vta./97 vta.).

Mucho más explícita a este respecto fue la vocal que intervino en segundo término, quien adhirió al primer voto y -con invocación, entre otros, de los precedentes de V.E. de Fallos: 328:3399 y 337:901- agregó en su respaldo una pormenorizada valoración de la prueba producida -como así también de la de indicios- y de los fundamentos de la condena, la que presentó precisamente como medio de "asegurar la doble conformidad de la resolución dictada", en razón de tratarse de una sentencia absolutoria que, impugnada por los acusadores, devino condenatoria (ibídem, especialmente fs. 100/106).

Por lo demás, y en línea con lo sostenido en el primer voto (fs. 96 vta.), sus argumentos dieron razonable respuesta en rechazo del planteo de la defensa referido a una posible afectación a principios vinculados con la oralidad y la inmediación requeridas por el procedimiento penal jujeño. En tal sentido, la magistrada estimó que ninguna de las consideraciones que había realizado la Cámara de Casación Penal en torno a la valoración probatoria se había inferido de las "impresiones" que pudo tener el tribunal de la instancia anterior luego del debate, sino -sostuvo- "de la prolija y detallada transcripción de las actas de aquél, razón por la cual el agravio de la parte que gira en torno a la violación de la inmediación, debe desecharse". Asimismo, resaltó el contrasentido de "requerir la amplia revisión de la sentencia y al mismo tiempo invocar la imposibilidad de así hacerlo por violación a la oralidad e inmediación; máxime considerando que en el caso las actas se hallan debidamente circunstanciadas y los elementos probatorios incorporados al Debate". La vocal agregó que al no haberse dado cuenta en la sentencia de mérito de que se fundaba en la impresión causada por los testigos en la audiencia oral, tal como para esos supuestos V.E. lo estimó pertinente en el precedente "Casal", el control en casación "respondió a los parámetros fijados por la Corte Federal en cuanto a la exigencia de agotar la revisión de lo revisable que allí impone" (fs. 105 vta./106).

Esta breve reseña del examen efectuado por el *a quo*, sumada a lo observado en la sección III precedente, da soporte al temperamento enunciado en cuanto a este aspecto del recurso.

-V-

Un déficit de fundamentación semejante encuentro en el postulado de que la utilización como fundamento de la condena del parte diario policial, en el que se registró la llamada de S a V y su contenido amenazante, constituiría una violación al derecho de defensa de la acusada en virtud de que no fue mencionado por las partes acusadoras en sus argumentos durante el juicio.

Según lo aprecio, no está en discusión el hecho de que el documento cuya utilización se cuestiona había sido incorporado regularmente al proceso, y había sido ofrecido y aceptado como prueba en el juicio (cf. ofrecimiento de prueba del Ministerio Público, fs. 459, y de la querella, fs. 495, y decreto de aceptación de fs. 497 del expediente principal). Tampoco es objeto de disputa el hecho de que la sentencia absolutoria del tribunal de juicio citó, como apoyo decisivo de las dudas sobre el contenido de las comunicaciones de S , el dato equivocado -cuya falsedad revelaría la revisión posterior de la cámara de casación- de que en el aludido parte diario policial "tampoco se consignó las supuestas amenazas" (cf. ibídem, fs. 860 vta.).

La crítica de la defensa se restringe, entonces, a la posición de que a pesar de su validez, su disponibilidad y la centralidad de la prueba para el objeto del proceso, la ausencia de una mención expresa del contenido del documento por parte de la fiscalía o la querella durante la audiencia del debate, implica que su utilización como apoyo para la condena de la manera en que lo ha hecho la cámara de casación -esto es, al corregir una falsedad en la que se basaba la sentencia del tribunal de juicio- importaría una violación del derecho de defensa tal como lo garantiza la Constitución Nacional.

Ahora bien, de acuerdo con una tradicional doctrina constitucional de V.E., no puede invocarse una afectación del derecho de defensa si la apelante -a quien no se le ha negado el derecho a ser oída en el procedimiento principal y mediante la posibilidad de revisión judicial de la decisión de condena- no indica cuáles han sido las defensas o pruebas de las que se habría visto privada como consecuencia del trámite impreso a la causa, o de la decisión adoptada, ni tampoco señala cómo tales defensas habrían incidido en la solución del caso (cf., entre muchos otros, Fallos: 273:134, 307:766, 333:2262).

En mi opinión, la petición de la recurrente no satisface este estándar mínimo de fundamentación. La regularidad de la incorporación de la prueba cuestionada al proceso, la accesibilidad de su contenido para las partes, y el hecho de que refería a un punto en disputa -el impacto

de la llamada de la acusada en el comportamiento de los funcionarios policiales interpelados por ella- impiden sostener que su utilización por la cámara de casación haya sido sorpresiva, más aun si se tiene en cuenta que la absolución se apoyó explícitamente en esa prueba, bien que con un reporte erróneo acerca de su contenido. La defensa tuvo ocasión de alegar acerca de su valor como prueba de cargo al recurrir el fallo condenatorio de la cámara de casación ante el tribunal supremo de la provincia. Sin embargo, en esa ocasión se limitó a manifestar su posición acerca de que sería inválido considerar en la instancia recursiva "nuevos hechos, ni nuevos argumentos ajenos a los que fueron utilizados en el debate" (cf. fs. 36/vta. del reiteradamente citado expediente PE-15491).

Como en esa oportunidad, al interponer su recurso extraordinario, la apelante sólo manifestó que si los acusadores hubieran mencionado en el juicio el registro incluido en el parte diario policial en cuestión, "habría ejercido su derecho de defensa, argumentado sobre su valor jurídico y probatorio en el momento de nuestros alegatos" (cf. ibídem, fs. 129), sin consignar siquiera mínimamente cuáles habrían sido esos argumentos o defensas y cuál su impacto posible en el desenlace del litigio.

En tales condiciones, además de la ya señalada facultad de los jueces de la causa en orden a la valoración probatoria, entiendo que la alegación de que la parte ha visto violado su derecho constitucional a la defensa en juicio carece de la fundamentación necesaria para su procedencia (cf. Fallos: 310:1147, 327:352, 330:1534, entre otros).

-VI-

Por último, igualmente carente de la fundamentación exigida por el artículo 15 de la ley 48 es, a mi juicio, la posición en cuanto a que la lectura del artículo 149 bis del Código Penal que hicieron los magistrados de la cámara de casación y que convalidó el tribunal supremo -en el sentido de que no exige el éxito del amedrentamiento intentado para que se tenga por consumado el delito de amenazas- "implica renunciar al principio constitucional de lesividad" que la recurrente asocia al artículo 19 de la Constitución Nacional.

Por una parte, la presentación de la recurrente no da cuenta del argumento del *a quo* que juzgó que la objeción formulada carecería de eficacia para alterar la resolución del litigio. En efecto, según los términos del voto de la vocal que se expidió en segundo lugar, "en virtud de la integral y armónica valoración del cuadro probatorio e indiciario

efectuado por [la cámara de casación] se desprende que tanto V como C -cada uno en su momento y con diferentes reacciones [...]- efectivamente se vieron atemorizados luego de la comunicación telefónica mantenida con Milagro S , de lo cual se infiere -sin lugar a duda alguna- el contenido amenazante de las referidas llamadas, la consumación del delito y la consecuente lesión al bien jurídico protegido por la norma", incluso tal como propone interpretarla la parte recurrente (ibídem, fs. 101 vta./102 vta.).

Por otro lado, con independencia de ese defecto, que estimo por sí mismo fatal, la objeción que despliega la apelante contra la exégesis del artículo 149 bis según la cual la consecución efectiva del estado de alarma o amedrentamiento sería innecesaria para la configuración completa del delito, depende de premisas controversiales en cuyo favor no ha ofrecido argumentación alguna. Por lo demás, y aunque esto no sea materia de apelación extraordinaria, la inteligencia que cuestiona la defensa se ajusta estrictamente al texto de la cláusula legal y a la interpretación de doctrina autorizada en la materia (cf., por ejemplo, Sebastián Soler, *Derecho Penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, 1987, pág. 83; Marcelo A. Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, pág. 320).

Ciertamente, la objeción presupone, sin que se hayan presentado razones en su respaldo, que la "lesividad" a la que aludiría el principio invocado consiste en el requisito de que la acción particular por la que se impone una condena cause ella misma una lesión a otra persona —lo que implicaría la invalidez, entre otras, de la regulación jurídica de la responsabilidad penal por tentativa, y de numerosas reglas legales que sancionan comportamientos peligrosos mas no necesariamente lesivos, etc.— en lugar de que, por ejemplo, sea suficiente que *per se* la clase de actividad que la ley penal aplicada criminaliza sea lesiva, aunque algunos casos particulares no resulten serlo, o que simplemente la legislación penal que infringe la conducta que se condena esté razonablemente dirigida a prevenir daños. Asimismo, la crítica asume, también sin fundamentos evidentes, la postura igualmente discutible de que el principio referido forma parte, con el singular alcance propuesto, del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Así formulada, en mi criterio la cuestión federal presentada a la consideración de V.E. no cumple con el requisito del artículo 15 de la ley 48, su fundamento no surge de lo actuado, ni parece guardar una relación directa e inmediata con lo resuelto en la causa (cf. Fallos: 190:368, 268:247, 310:2306, entre muchísimos).

-VII-

Por todo ello, opino que corresponde desestimar esta queja. Buenos Aires, 1 de febrero de 2021. *Casal Eduardo Ezequiel.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de febrero de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Sala de Noro, Amalia Ángela s/ p.s.a. amenazas", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que Milagro Amalia Ángela Sala fue imputada por la comisión de dos delitos de amenazas, en los términos del art. 149 bis, primera parte, del Código Penal. Concretamente, se le atribuyó haber realizado dos llamadas telefónicas, de contenido amenazante, el día 13 de octubre de 2014. La primera, a la comisaría del Barrio Alto Comedero, llamada que fue recibida por el Oficial Vásquez a quien le habría reclamado que restituyera unas prendas de vestir secuestradas a una persona cercana a Sala. Ante la respuesta negativa que le fuera dada, Sala –por ese entonces diputada provincial– habría manifestado que "…son una manga de maricones y que van a tener noticias porque voy a poner una bomba y voy a hacer volar a todos…". La segunda llamada, realizada poco después, fue recibida por la Comisaria Cabero –de franco– en su teléfono celular personal. Cabero expresó que Sala le manifestó que "son una manga de incompetentes, cuando le ponga yo una bomba me van a conocer a mí, los voy a hacer volar a la mierda, ya me van a conocer".

El 7 de diciembre de 2017 el Tribunal en lo Criminal nº 2 de Jujuy, por mayoría, absolvió a Sala por el delito de amenazas del art. 149 bis, primera parte, del Código Penal, con fundamento en el *in dubio pro reo*. Tras ser impugnada la absolución por el fiscal y la querella, la Cámara de Casación Penal jujeña condenó a Sala a tres años y dos meses de prisión. Contra esa sentencia la defensa recurrió ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy. La corte local admitió

parcialmente el recurso, redujo el monto de la pena –a dos años de prisión domiciliaria– y en lo demás confirmó la sentencia condenatoria.

2°) Que la defensa técnica de Sala dedujo recurso extraordinario federal contra la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy. La denegación del recurso con base en incumplimientos relativos a su extensión y fundamentación (acordada 4/2007, arts. 1° y 3° incisos b y d; cf. fs. 49 bis/53), dio lugar a la presente queja.

3°) Que en el remedio federal se sostuvo que se hallaban comprometidas las garantías constitucionales de debido proceso, derecho a controlar la prueba de cargo, doble instancia y afectados los principios de inmediación, oralidad y lesividad, a la par que se alegó que hubo arbitrariedad en lo resuelto (fs. 18/44 vta. del legajo de la queja).

Si bien el recurso extraordinario se dirige contra una sentencia que reviste el carácter de definitiva y proviene del tribunal superior de la causa, atendiendo a las consideraciones que se desarrollarán seguidamente, resulta inhábil para habilitar esta instancia de excepción.

4°) Que, a tal efecto, resulta necesario recordar que ha sido un criterio sostenido desde siempre por esta Corte que la autonomía que la Constitución Nacional reconoce a las provincias requiere que se reserven a sus jueces las causas que en lo sustancial del litigio versen sobre aspectos propios de esa jurisdicción, en virtud del respeto debido a sus facultades de darse sus propias instituciones y regirse por ellas (Fallos: 339:1483 y sus citas).

En consonancia con esa premisa fundamental es que se ha resuelto, reiteradamente, que los pronunciamientos por los cuales los más altos tribunales provinciales deciden acerca de los recursos locales que le son llevados a su conocimiento no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario, salvo que se demuestre una lesión clara a un derecho de raigambre federal o que la sentencia, por sus graves defectos de fundamentación o razonamiento, no constituye una derivación razonada del derecho vigente, aplicado a las circunstancias de la causa (Fallos: 331:1090; 337:659; 343:354, entre muchos otros).

En ese marco, el recurso extraordinario federal intentado es inadmisible y, por ello, ha sido bien denegado por el *a quo*. Preliminarmente, y tal como lo señaló el tribunal apelado, el recurso ha incumplido la acordada 4/2007. Entre otros déficits, su escrito tiene una extensión de cincuenta y dos (52) páginas, lo que excede largamente el límite de cuarenta (40) páginas fijado en el art. 1° de dicha norma. Asimismo, la defensa ha omitido acompañar copia del dictamen fiscal que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Jujuy hizo suyo (fs. 96) y, como tal, es parte de la sentencia apelada, incumpliendo de este modo lo previsto por el art. 7° inc. a de la acordada 4/2007 (Fallos: 339:185; 341:1971, entre otros). Tales incumplimientos bastarían para desestimar la queja mediante la simple mención de esa norma reglamentaria. Sin perjuicio de ello, los agravios de la recurrente carecen de la fundamentación exigida por el art. 15 de la ley 48, por lo que fallan en demostrar la afectación a los derechos y principios constitucionales invocados, o la configuración de un supuesto de arbitrariedad de sentencia, y solo traducen su desacuerdo con el criterio adoptado por el tribunal superior provincial, respecto de cuestiones de hecho y prueba, derecho común y derecho procesal local, fundado en razones que acuerdan sustento bastante a su decisión (Fallos: 340:1089, entre muchos otros).

5°) Que, de conformidad con esa doctrina, no resulta admisible el agravio por el que la defensa cuestiona el alcance de la revisión efectuada por el supremo local, afirmando que ella no ha sido integral, de conformidad con la doctrina establecida por esta Corte en el precedente "Casal" (Fallos: 328:3399).

En efecto, al respecto, los fundamentos del recurso extraordinario interpuesto no satisfacen el requisito de la fundamentación autónoma (art. 15 de la ley 48), toda vez que no solo se limitan a enunciar la cuestión sin indicar cuáles han sido los agravios no tratados, o en cuyo análisis se incurrió en dogmatismos, sino que también omite refutar los argumentos del *a quo*.

Contrariamente a lo afirmado por la defensa, la sentencia apelada examinó las cuestiones sometidas a su conocimiento. Así, y en primer lugar, el *a quo* hizo propio el dictamen del fiscal general (fs. 4 del legajo de la queja), salvo en relación con la cuestión atinente a la determinación de la pena. De allí surge, expresamente, antes de abordar los agravios de la parte, el reconocimiento a la necesidad de revisar ampliamente la condena: *"se debe efectuar una revisión integral del fa-*

llo a efectos de dar cumplimiento con la garantía del doble conforme" (fs. 81 de la copia digital del expediente PE-15.491, punto III).

Atendiendo a esa premisa, el *a quo* fundó las razones por las que rechazaba los planteos de la defensa. En tal sentido, señaló por qué no podía entenderse vulnerado el principio de inmediación, valoró las pruebas por medio de las cuales debían tenerse por acreditados los hechos y la responsabilidad penal de la acusada, justificó la calificación legal impuesta y redujo la pena oportunamente determinada (cf. fs. 2/17 del legajo de la queja).

Por todo ello, el agravio planteado prescinde de las constancias de la causa, y no ha demostrado una vulneración al derecho a la revisión amplia de la sentencia condenatoria reconocido por este Tribunal a partir de Fallos: 328:3399 ("Casal"), la que garantiza la realización del máximo de esfuerzo en el contralor e importa el agotamiento de la capacidad de revisión o rendimiento, es decir, revisar todo lo que se pueda revisar en cada caso.

6°) Que tampoco resulta susceptible de habilitar esta instancia extraordinaria el agravio referido a que el tribunal casatorio que dictó la condena valoró un documento -el parte diario policial en el que se consignara la comunicación de la imputada con uno de los denunciantes y su tenor amenazante- en forma oficiosa y sin respeto del contradictorio.

Según la recurrente –no obstante que dicho documento fue válidamente incorporado al proceso en la etapa oportuna– en tanto no habría sido expresamente aludido por los acusadores durante el debate, su valoración en el fallo condenatorio resultaría censurable ya que le impidió ejercer plenamente el derecho de defensa respecto de este extremo, al que califica como equivalente a un hecho "nuevo".

Sin embargo, en los propios términos en que el agravio ha sido formulado, carece de la debida fundamentación para sustentar la existencia de una cuestión federal. Ello es así ya que, soslayando cumplir con los requisitos establecidos en tradicional doctrina de la Corte en la materia, no explicita fundadamente el carácter dirimente de dicha cuestión ni tampoco las defensas conducentes que se vio privada de oponer, limitándose a predicar una abstracta afectación a su estrategia defensiva. Tampoco se hace cargo de que el documento versaba so-

bre una cuestión discutida ampliamente en el debate –al estar referida al proceder adoptado por los funcionarios policiales con posterioridad al acaecimiento de los hechos juzgados– ni de que el fiscal de casación, a fin de sostener su pretensión, lo leyó e invocó en la audiencia celebrada en esa instancia (cf. fs. 1023/1023 vta.; Fallos: 311:904; 329:4133; 333:2262 y sus citas, entre muchos otros).

En tales condiciones, se colige que, contrariamente a lo alegado, la valoración de esta pieza documental por el tribunal casatorio efectuada en sentido coincidente al postulado por el acusador público, en temperamento convalidado por el *a quo*, no puede ser tildada en modo alguno de sorpresiva, oficiosa o lesiva del contradictorio, lo que evidencia que el agravio falla en demostrar la existencia de algún compromiso a la garantía invocada, y que en verdad remite a una cuestión meramente procesal ajena, por principio, a la competencia de esta Corte (Fallos: 330:1497, entre muchos otros).

7°) Que, en otro orden de ideas, tampoco resulta admisible el agravio referido a que la condena dictada en sede casatoria necesariamente aparejó la afectación a los principios de oralidad e inmediación, esencialmente, con base en que en esa sentencia se valoraron las declaraciones testimoniales brindadas durante la audiencia de juicio a partir de lo que, según la defensa, se registrara insuficientemente en las respectivas actas del debate.

Esto es así, porque los términos en que está formulado el cuestionamiento, en tanto que resultan generales, desvinculados de las particularidades del caso y no rebaten los concretos fundamentos con que fuera rechazado en el pronunciamiento impugnado, evidencian en forma palmaria que la parte ha obviado cumplir, como era menester, con el criterio reiterado del Tribunal según el cual, para la procedencia del recurso extraordinario, no basta la aserción de una determinada solución jurídica si ella no está razonada, constituye agravio concretamente referido a las circunstancias del caso y contempla los términos del fallo impugnado, del cual deben rebatirse, mediante una prolija crítica, todos y cada uno de los argumentos en que se apoya (Fallos: 330:2836; 343:1277, y sus citas, entre muchos otros).

En efecto, resulta un claro déficit de fundamentación del recurso que el agravio se haya presentado a partir de premisas abstractas y genéricas que, dadas las particularidades del *sub examine*, no encuen-

tran suficiente apoyo en la breve referencia al precedente de Fallos: 328:3399, ya citado, sin una razonada explicación de cómo este resultaría aplicable frente a las diferencias sustanciales que presenta respecto de aquel. Asimismo, el planteo no solo constituye una reedición del llevado ante el *a quo*, sino que también incurre nuevamente en el defecto advertido para fundar su rechazo, en tanto ni siquiera ensaya una referencia concreta que demuestre que el fallo condenatorio se sustentó en prueba valorada en los términos que, según alega, resultarían inválidos.

Por lo que cabe concluir que la parte recurrente no ha satisfecho el recaudo que exige demostrar la relación directa e inmediata de la pretensa cuestión federal con lo efectivamente resuelto.

En rigor, el planteo se basa en meras afirmaciones genéricas desprovistas de peso para desvirtuar las razones por las que el a quo homologó la condena a partir del análisis de temas de hecho, prueba y derecho procesal local, cuya apreciación constituye una facultad propia de los jueces de la causa en el marco de su jurisdicción excluyente, y que resulta ajena a esta instancia de excepción (Fallos: 313:525; 326:1893; 332:2659; 337:590 y sus citas, entre muchos otros).

8°) Que, en relación con el planteo identificado como una violación al principio de lesividad, a partir de la interpretación efectuada por los jueces de la causa del art. 149 bis, primera parte, del Código Penal, la impugnación federal de la defensa carece también de la fundamentación exigida por el art. 15 de la ley 48.

En efecto, la apelante reitera en forma dogmática los argumentos vinculados con el alcance que ella entiende que corresponde atribuir al mencionado artículo, pero no se hace cargo de rebatir los fundamentos de derecho común desarrollados en la decisión que la agravia al no demostrar que la exégesis que critica descarte la afectación al bien jurídico protegido por la norma, lo que evidencia la falta de refutación acerca de esa cuestión.

Por último, cabe recordar que, por principio, la interpretación de los elementos necesarios para la integración de los delitos tipificados en la ley penal importa una facultad propia de los jueces de la causa, y constituye una cuestión de derecho común resuelta, en el

caso, con fundamentación bastante de ese carácter y cuyo examen es, por ende, ajeno a esta instancia extraordinaria (Fallos: 290:132; 312:551 y 332:2659).

9°) Que, por último, la recurrente sostuvo que la sentencia apelada estaba *"atravesada por la arbitrariedad"*. Luego de afirmar que *"Si bien, de acuerdo a precedentes de la CSJN no resulta aquella Máxima instancia la correspondiente para el tratamiento de este agravio, esta defensa lo presenta a los fines de dejarlo subsistente para la instancia en la que se habilite una revisión integral de la sentencia condenatoria"* (fs. 36/36 vta. del legajo de la queja). Seguidamente, se limitó a reseñar sus cuestionamientos de hecho y prueba relativos al fallo condenatorio, resultando estos una reiteración prácticamente idéntica a los plasmados en el recurso de inconstitucionalidad local (cf. fs. 48/84 del expediente digitalizado PE-15.491 y fs. 18/44 del legajo de queja).

De tal modo, los agravios de la parte no se dirigen contra la sentencia dictada por el superior tribunal provincial sino contra lo sostenido en una decisión anterior, es decir, aquella que resolvió condenar a Sala.

Por consiguiente, tampoco en este caso puede darse por cumplido el requisito de la fundamentación autónoma, al haberse omitido toda refutación de los fundamentos de la sentencia apelada.

Tal como se ha señalado, la fundamentación autónoma consiste en que el escrito de interposición del recurso extraordinario traiga un prolijo relato de los hechos de la causa, que permita vincularlos con las cuestiones que se plantean como de naturaleza federal, exige rebatir todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia a través de una crítica concreta y razonada, sin que, incluso, valga a tal efecto una nueva crítica general a las líneas principales de la argumentación del pronunciamiento resistido (Fallos: 310:1465; 326:2575; 328:110 y 4605). A ello cabe agregar que tal deficiencia no puede ser suplida mediante el recurso de queja (Fallos: 321:455; 324:1518; CSJ 355/2017/RH1 "Di-Cen-Cor Sociedad de Hecho y/o José Moretti y Carlos Martín Ferretti", sentencia del 19 de septiembre de 2017, entre muchos otros).

10) Que entonces, y a partir de todo lo anterior, no se ha demostrado mínimamente la conformación de alguno de los supuestos habilitantes de la competencia extraordinaria de esta Corte.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino, se desestima la presentación directa. Dese por perdido el depósito de fs. 60/61. Notifíquese y archívese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por **Milagro Amalia Ángela Sala**, asistida por las **Dra. Paula Álvarez Carreras.**

Tribunal de origen: **Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal en lo Criminal n° 2 de Jujuy; Cámara de Casación Penal de la Provincia de Jujuy.**

AMERICAN EXPRESS ARGENTINA S.A. c/ EN – AFIP – DGI s/ DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario resulta formalmente admisible, puesto que se ha cuestionado la inteligencia otorgada por el tribunal superior de la causa a normas federales (ley 11.683, resoluciones M.E. 207/03 y 314/04, resoluciones generales AFIP 1486 Y 1658, entre otras), y la decisión ha sido contraria al derecho que el recurrente funda en ella (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

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

TARJETA DE CREDITO

A los fines de fijar el momento en el que se producen los "efectos" de las solicitudes de cómputo presentadas en los términos fijados por las resoluciones generales (AFIP) 1486 Y 1658 cabe establecer que una interpretación razonable y discreta del art. 7 de la segunda resolución general conduce a sostener que los mencionados efectos a los que se refiere dicho precepto no pueden ser otros que la extinción de la obligación tributaria que el contribuyente pretende cancelar mediante el cómputo de los importes acreditados a los usuarios de sus tarjetas de crédito.

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

TARJETA DE CREDITO

Al fijar la resolución general (AFIP) 1658 la oportunidad en el que el efecto extintivo se produce -en el caso, a partir de la fecha en que la actora rectificó los importes acreditados a los usuarios de sus tarjetas de crédito para contar así con un saldo suficiente para realizar la compensación pretendida-, debe estarse a sus disposiciones y concluir que el contribuyente se encontró en mora hasta esa fecha y, por ende adeuda intereses resarcitorios correspondientes (art. 37, ley 11.683).

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

TARJETA DE CREDITO

No puede predicarse que medía un enriquecimiento sin causa del organismo recaudador como consecuencia de los intereses resarcitorios reclamados, toda vez que se advierte que el Fisco Nacional no tuvo a su disposición los montos acreditados por las entidades emisoras de tarjetas de crédito a sus usuarios, con un efectivo ingreso de esas sumas, sino por el contrario, la deuda impaga recién la canceló al rectificar la información de los montos acreditados a sus usuarios, corrección que le permitió así contar con saldo suficiente para utilizar el mecanismo de cómputo previsto en el arto 4° de la resolución (M.E.) 207/2003.

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

COMPENSACION

El art. 9 de la resolución general (AFIP) 1658 no establece un plazo a la AFIP para que se expida respecto de la validez de las compensaciones solicitadas por los contribuyentes, sino que se limita a indicar que, en los cuarenta y cinco días posteriores a la presentación de la solicitud, tal petición no podrá modificarse y que dicho lapso se suspenderá cuando la AFIP realice un requerimiento tendiente a subsanar omisiones, suspensión que se extenderá hasta el cumplimiento de los requisitos inobservados.

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

TARJETA DE CREDITO

No puede inferirse que el silencio de la Administración implique conformidad con el cómputo solicitado por el contribuyente, no sólo porque ello no surge de la letra del reglamento en estudio - resolución general (AFIP) 1658 - sino también porque contradice el principio general consagrado en el arto 10 de la ley 19.549, que resulta de aplicación en virtud de lo establecido por el art. 116 de la ley 11.683.

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

INTERPRETACION DE LA LEY

Los textos normativos no deben ser considerados, a los efectos de establecer su sentido y alcance, de manera aislada, sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura ·sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquéllos.

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

DERECHO DE DEFENSA

En resguardo del derecho de defensa, la vencedora en la segunda instancia puede plantear o mantener, al contestar el memorial de su contraria, aquellos argumentos o defensas desechados en las etapas anteriores que se ha visto impedida de cuestionar por apelación pues, si bien no le eran favorables, no le causaban agravios desde el punto de vista procesal.

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

PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la resolución general (AFIP) 1658, pues la correcta declaración de las acreditaciones realizadas a favor de los usuarios de las tarjetas de crédito tiene directa vinculación con la efectividad de su posterior cómputo para cancelar las obligaciones tributarias de la entidad emisora, de modo que su exigencia no aparece reñida con el principio de razonabilidad y no se advierta en la norma impugnada una alteración o desconocimiento de

los derechos reglamentados, su falta de adecuación a los fines perseguidos por el art. 4 de la resolución (ME) 207/03 ni una iniquidad manifiesta.

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

PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la resolución general (AFIP) 1658, pues para ser considerado titular de un determinado derecho -en este caso, el que posee la entidad emisora de pagar sus obligaciones tributarias con los importes efectivamente acreditados a los usuarios de sus tarjetas de crédito-, el particular debe cumplir no sólo todos los actos y condiciones sustanciales sino también los requisitos formales previstos en la ley, entre lo que se encuentra exteriorizar un saldo suficiente para proceder a dicho cómputo.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 294/308 de los autos principales (a los que me referiré en las citas siguientes), la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar parcialmente la sentencia recurrida, dejó sin efecto la resolución (DE LGCN) 67/2014, ordenó devolver las sumas pagadas por la actora como consecuencia de la intimación cursada el 16 de mayo de 2014 con más sus accesorios, declaró la inconstitucionalidad de la tasa de interés establecida en el art. 4°, primer párrafo, de la resolución del Ministerio de Economía (M.E.) 314/04 (actualizada por su similar 840/10) y dispuso, en su reemplazo, la aplicación de la tasa pasiva promedio publicada mensualmente por el Banco Central de la República Argentina (Comunicado 14.290).

Para así resolver, recordó que el art. 48 del decreto 1.387/01 había facultado al Ministerio de Economía a retribuir con parte del impuesto al valor agregado recaudado, hasta el cinco por ciento del monto de las operaciones respectivas, a las personas físicas que, en carácter de consumidores finales, abonen las compras de bienes muebles o la con-

tratación de servicios mediante la utilización de transferencias bancarias cursadas por tarjetas de débito.

Indicó que, con posterioridad, la resolución (M.E.) 207/03 extendió ese beneficio a las operaciones abonadas con tarjetas de crédito, pero en este caso la retribución equivalía a tres puntos de la tasa general del impuesto al valor agregado.

Señaló que las entidades emisoras de esas tarjetas eran las obligadas a abonar la retribución a los usuarios y que el art. 4° de esa resolución disponía para ello que dichas entidades podían emplear los importes efectivamente acreditados a los usuarios como crédito computable mensualmente contra las siguientes obligaciones impositivas y en el siguiente orden: a) impuesto al valor agregado; b) impuesto a las ganancias y sus respectivos anticipos; c) impuesto a la ganancia mínima presunta y sus respectivos anticipos.

Añadió que la resolución general (AFIP) 1.486, al reglamentar ese mecanismo de cómputo, dispuso que las entidades emisoras de tarjetas de crédito debían *"...exteriorizar los importes efectivamente acreditados en cada mes calendario mediante el formulario de declaración jurada F. 354"* (cfr. art. 1°) Y que, una vez realizado ello, podían computar el monto de las retribuciones como crédito, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4° de la resolución (M.E.) 207/03, mediante el formulario de declaración jurada F. 574, en los términos dispuestos por la resolución general (DGI) 2.542 Y sus modificatorias (art. 2°). Aclaró que la resolución general (DGI) 2.542 fue derogada y sustituida por su similar (AFIP) 1.658, vigente durante el período en el cual la actora realizó el cómputo que aquí se debate.

Luego de esta reseña normativa, señaló que las normas reglamentarias establecen que la solicitud de compensación producirá efectos desde el momento de su presentación, siempre que en dicho acto se hubieran observado todos los requisitos exigidos por la reglamentación, y que, en caso contrario, *"...sólo producirán efectos a partir de la fecha en que se verifique el cumplimiento total de dichos requisitos"*.

Sin embargo, aclaró que ello no implica que, por haber incurrido la contribuyente en un error en la exteriorización del monto a computar plasmado en una declaración jurada presentada a tal efecto -tal lo acontecido en el *sub lite*-, adeude intereses por el período transcurrido hasta la presentación de la declaración jurada rectificativa en la que se subsanó dicho error y se consignó el monto correcto.

Explicó que en autos no se encuentra controvertido que en el formulario F.354 (rectificativa 11) -presentado por el contribuyente a los

efectos de exteriorizar los importes efectivamente acreditados a los usuarios de las tarjetas de crédito en el período 12/07 (cfr. arto 10 de la resolución general AFIP 1.486)-, la actora informó un monto inferior al correcto, y que con ese importe inexacto pretendió cancelar distintas deudas en el impuesto a las ganancias y en el IVA, realizando para ello diversas presentaciones desde el 09 de enero de 2008 hasta el 18 de febrero de 2009.

Fue ese yerro, añadió, el que motivó que el 21 de marzo de 2014 el Fisco rechazara dichas solicitudes de cómputo, al resultar insuficiente el crédito exteriorizado para cancelar las deudas declaradas y, en consecuencia, exigiera el pago del saldo de IVA y del impuesto a las ganancias resultante, requerimiento que luego fue declarado abstracto por la propia AFIP ante la rectificación del 24 de abril de 2014 y el recurso de apelación presentado por el contribuyente.

Apuntó que, sin perjuicio de reconocer la cancelación de la deuda, el ente fiscal intimó el pago de los intereses resarcitorios devengados desde el vencimiento de cada una de las obligaciones tributarias adeudadas hasta la rectificación presentada el 24 de abril de 2014, decisión que, recurrida por el contribuyente, fue confirmada mediante la resolución (DE LGCN) 67/2014, que aquí se impugna.

Rechazó tal exigencia, pues afirmó que no hubo mora en el pago de los tributos sino, en todo caso, una errónea exteriorización de los importes efectivamente acreditados por la actora a los usuarios de sus tarjetas, plasmada en la declaración jurada exigida -como requisito formal- por la reglamentación, error corregido con posterioridad con la presentación de la declaración jurada rectificativa.

Con apoyo en distintos precedentes de V.E., esgrimió que los intereses resarcitorios no poseen naturaleza represiva (Fallos: 323:1315) sino que tienen por objeto retribuir la privación del capital de las sumas adeudadas (arg. de Fallos: 316:762). En tal sentido, subrayó que adoptar la postura del Fisco implicaría asignarles carácter represivo a dichos accesorios y consagrar una situación de enriquecimiento sin causa, pues el organismo recaudador tuvo las sumas a su disposición desde el vencimiento de las declaraciones juradas cuyos saldos a favor de libre disponibilidad fueron afectados a la cancelación de la deuda por capital.

En su opinión, corrobora su razonamiento lo dispuesto en el art. 9° de la resolución general (AFIP) 1.658 pues, aun cuando dicho reglamento no establece un plazo a la AFIP para que se expida respecto de la validez de las compensaciones solicitadas por los contribuyentes,

brinda una pauta al indicar que en los cuarenta y cinco días posteriores a la presentación de la solicitud, ella no podrá modificarse y que dicho lapso se suspenderá cuando la AFIP realice un requerimiento tendiente a subsanar omisiones, suspensión que se extenderá hasta el cumplimiento de los requisitos inobservados. Concluyó, entonces, que la propia norma .reglamentaria prevé el caso en que la solicitud no cumpla con la totalidad de los requisitos que aquélla dispone y menciona como actividad propia de la administración tributaria la emisión de requerimientos a los efectos de la subsanación.

Por ello, resolvió que la actora no adeudaba los intereses resarcitorios abonados y que ellos le debían ser devueltos con más los intereses calculados desde su petición de reintegro, esto es, desde el 15 de agosto de 2014 (art. 179, última parte, de la ley 11.683).

Sentado lo anterior, declaró la inconstitucionalidad de la tasa de interés establecida en el art. 4°, primer párrafo, de la resolución (M.E.) 314/2004 y dispuso que, a los fines de la devolución precedentemente ordenada, se debía aplicar la tasa pasiva promedio publicada mensualmente por el Banco Central de la República Argentina (Comunicado 14.290).

En síntesis, manifestó que si la propia resolución (M.E.) 314/04 (modificada por su similar 841/10) tuvo en cuenta -para elevar la tasa de los intereses resarcitorios y punitorios que cobra el Fisco- las *"condiciones económicas actuales"*, ellas debieron ser igualmente contempladas para el cálculo de los intereses que se aplican a las devoluciones de los tributos pagados en exceso por los contribuyentes, bien que resguardando la existencia de una razonable y proporcionada diferencia de tratamiento entre los créditos y las deudas del Fisco.

En definitiva, concluyó que la omisión en observar las *"condiciones económicas actuales"* también respecto de los intereses adeudados por el ente recaudador debe ser salvada en la instancia judicial, de modo de prevenir la directa afectación en el patrimonio del contribuyente.

-II-

Disconforme con lo resuelto, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 313/332, concedido a fs. 350/351 en cuanto se debate el alcance y aplicación de normas de carácter federal y denegado en lo atinente a la gravedad institucional y a la arbitrariedad endilgada al pronunciamiento. Frente a ese rechazo, se interpuso este recurso de queja.

En primer lugar, denuncia que la sentencia realiza una interpretación equivocada del mecanismo de exteriorización de los importes efectivamente acreditados por las entidades emisoras de tarjetas de crédito a sus usuarios y de su posterior cómputo contra los propios impuestos adeudados por dichas entidades, tal como ha sido fijado por las resoluciones generales (AFIP) 1.486 Y 1.658.

En tal sentido, indica que el art. 7° de la resolución general (AFIP) 1.658 dispone que *"...las solicitudes de compensación producirán efectos desde el momento de su presentación, siempre que en dicho acto se hubieren observado todos los requisitos exigidos por esta resolución general. En caso contrario,* ***sólo producirán efectos a partir de la fecha en que se verifique el cumplimiento total de dichos requisitos"*** (el destacado pertenece al original).

Puntualiza que, en el caso de autos, se encuentra fuera de debate que la actora declaró en defecto los importes acreditados a sus usuarios y, en consecuencia, no existía saldo suficiente para cancelar la deuda tributaria en los términos que ella pretendía.

En esa línea, subraya que el Fisco no puede adivinar la voluntad del contribuyente de emplear el mecanismo de la compensación, ni tampoco suponer a cuánto asciende el importe efectivamente acreditado por American Express Argentina S.A. a los usuarios de sus tarjetas de crédito.

Por ello, puntualiza que el pago recién pudo perfeccionarse el 24 importes puntualiza de abril de 2014, cuando la actora rectificó los importes acreditados a sus usuarios y contó con saldo suficiente para computar contra sus deudas tributarias. En consecuencia, hasta ese momento se devengaron los intereses resarcitorios previstos en el art. 37 de la ley 11.683 como consecuencia de la mora incurrida por la actora en la cancelación de sus acreencias.

En segundo término, se agravia de la declaración de inconstitucionalidad de la tasa de interés fijada por el art. 4°, primer párrafo, de la resolución (M.E.) 314/2004, en especial en cuanto la sentencia evalúa las *"circunstancias generales de la economía del país"* y considera que ellas pueden dar lugar a un incremento en la tasa de interés resarcitorio que se aplica a los reintegros o devoluciones de tributos.

Asevera que, para arribar a esa conclusión, en el expediente debería haberse rendido una prueba que la actora no ha solicitado, dirigida a demostrar el perjuicio patrimonial concreto y particular ocasionado por la aplicación de la norma tachada de inconstitucional.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario resulta formalmente admisible, puesto que se ha cuestionado la inteligencia otorgada por el tribunal superior de la causa a normas federales (ley 11.683, resoluciones M.E. 207/03 y 314/04, resoluciones generales AFIP 1.486 y 1.658, entre otras), y la decisión ha sido contraria al derecho que el recurrente funda en ella (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Por otro lado, habida cuenta de que los argumentos que sustentan la tacha de arbitrariedad están inescindiblemente unidos a la interpretación de las normas federales antes mencionadas, pienso que corresponde que sean tratados en forma conjunta (Fallos: 327:3560; 238:1893 y 329:1440).

-IV-

Liminarmente, es necesario dejar en claro que no se debate en esta causa la existencia y cuantía de los importes acreditados por American Express Argentina S.A. a los usuarios de sus tarjetas de crédito en el periodo 12/07, ni tampoco la aptitud de dichos importes para ser utilizados como crédito computable a los fines de cancelar las obligaciones tributarias de la actora en el IVA y en el impuesto a las ganancias.

La controversia, por el contrario, se circunscribe a fijar el momento en el que se producen los *"efectos"* de las solicitudes de cómputo presentadas por la actora, en los términos fijados por las resoluciones generales (AFIP) 1.486 y 1.658.

Al respecto, el art. 7° del segundo de los reglamentos citados es claro al establecer que ellas *"...producirán efectos desde el momento de su presentación, siempre que en dicho acto se hubieren observado todos los requisitos exigidos por esta resolución general. En caso contrario, sólo producirán efectos a partir de la fecha en que se verifique el cumplimiento total de dichos requisitos"* (subrayado, agregado).

Sobre esta base, pienso que asiste razón al Fisco Nacional y que la cuestión es sustancialmente análoga a la ya resuelta en Fallos: 328:2682, toda vez que una interpretación razonable y discreta del art. 7° transcripto conduce también aquí a sostener que los *"efectos"* a los que se refiere dicho precepto no pueden ser otros que la extinción de la obligación tributaria que el contribuyente pretende cancelar mediante el cómputo de los importes acreditados a los usuarios de sus tarjetas de crédito.

De manera que, al fijar el reglamento la oportunidad en el que aquel efecto extintivo se produce -en el caso, a partir del 24 de abril de 2014, fecha en que la actora rectificó los importes acreditados a los usuarios de sus tarjetas de crédito en el período 12/07 para contar así con un saldo suficiente para realizar la compensación pretendida-, debe estarse a sus disposiciones -cuya constitucionalidad será tratada más adelante- y concluir que el contribuyente se encontró en mora hasta esa fecha y, intereses resarcitorios correspondientes por ende, adeuda los (art. 37, ley 11.683).

-V-

Despejado lo anterior, es necesario estudiar si -como lo afirma la sentencia recurrida- adoptar la postura del Fisco implica asignarle carácter represivo a los intereses resarcitorios y consagrar una situación de enriquecimiento sin causa en favor del Estado Nacional, pues el organismo recaudador *"...tuvo las sumas a su disposición desde el vencimiento de las declaraciones juradas cuyos saldos a favor de libre disponibilidad fueron afectados a la cancelación de la deuda por capital"* (fs. 304, segundo párrafo).

Como ya se dijo, en el mecanismo implementado por la resolución (M.E.) 207/2003, las entidades emisoras de tarjetas de crédito eran las obligadas a retribuir el tres por ciento del monto de las operaciones realizadas por las personas físicas que, en carácter de consumidores finales, abonaran sus compras de bienes muebles o la contratación de servicios mediante la utilización de dicho medio de pago.

Luego, esas entidades podían emplear los importes efectivamente acreditados a sus usuarios como crédito computable mensualmente contra el impuesto al valor agregado, el impuesto a las ganancias y el impuesto a la ganancia mínima presunta.

En esos términos, advierto que no es exacto afirmar que el Fisco Nacional *"tenía a disposición"* los montos acreditados por las entidades emisoras de tarjetas de crédito a sus usuarios, a poco que se repare que -a diferencia de lo que sucedía en la causa CSJ 501/2014 *"Compañía General de Combustibles S.A."*, sentencia del 17 de mayo de 2016, que invoca la actora en su apoyo (cfr. fs. 347)- no existió en autos un efectivo ingreso al organismo recaudador de esas sumas, lo que distingue la solución allí adoptada con la que aquí se propicia.

Por ende, pienso que no puede predicarse que medía un enriquecimiento sin causa del organismo recaudador como consecuencia de los intereses resarcitorios reclamados. Por el contrario, dichos accesorios

deben ser exigidos por la AFIP a raíz de la deuda impaga de la actora (cfr. Art. 37, ley 11.683), quien -como se explicó en el punto anterior- recién la canceló el 24 de abril de 2014, al rectificar la información de los montos acreditados a sus usuarios, corrección que le permitió así contar con saldo suficiente para utilizar el mecanismo de cómputo previsto en el art. 4° de la resolución (M.E.) 207/2003.

Pienso que tampoco es óbice a mi razonamiento lo dispuesto en el art. 9° de la resolución general (AFIP) 1.658. Como lo admite la propia sentencia recurrida, dicho precepto no establece un plazo a la AFIP para que se expida respecto de la validez de las compensaciones solicitadas por los contribuyentes, sino que se limita a indicar que, en los cuarenta y cinco días posteriores a la presentación de la solicitud, tal petición no podrá modificarse y que dicho lapso se suspenderá cuando la AFIP realice un requerimiento tendiente a subsanar omisiones, suspensión que se extenderá hasta el cumplimiento de los requisitos inobservados.

No puede inferirse de aquí que el silencio de la Administración implique conformidad con el cómputo solicitado por el contribuyente, no sólo porque ello no surge de la letra del reglamento en estudio sino también porque contradice el principio general consagrado en el art. 10 de la ley 19.549, que resulta de aplicación en virtud de lo establecido por el art. 116 de la ley 11.683.

Pienso que la hermenéutica aquí propuesta no sólo respeta la literalidad de la norma tal como fue sancionada por el legislador sino que, además, se adecua al reiterado criterio de esa Corte que sostiene que los textos normativos no deben ser considerados, a los efectos de establecer su sentido y alcance, de manera aislada, sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquéllos (arg. Fallos: 324:4367).

-VI-

Arribados a este punto, corresponde tratar las argumentaciones traídas por la actora, relativas a la inconstitucionalidad que, con base en el principio de razonabilidad, le endilga a la resolución general (AFIP) 1.658. Ello es así conforme a la doctrina que establece que, en resguardo del derecho de defensa, la vencedora en la segunda instancia puede plantear o mantener, al contestar el memorial de su contraria, aquellos argumentos o defensas desechados en las etapas anterio-

res que se ha visto impedida de cuestionar por apelación pues, si bien no le eran favorables, no le causaban agravios desde el punto de vista procesal (doctrina de Fallos: 247:111; 265:201; 276:261; 311:696 y 1337; 324:3345, entre otros).

La condición exigida se halla cumplida en el *sub lite*, pues American Express Argentina S.A., al contestar el traslado del recurso extraordinario en examen, mantuvo este argumento que no fue tratado por las sentencias de las instancias anteriores (cfr. pto VII, fs. 348).

En el único párrafo que dedica al tema, indica la actora: *"Para el hipotético e improbable caso que la Corte Suprema entienda que por aplicación estricta de la Resolución General (AFIP) 1658 se debe rechazar la compensación efectuada por mi mandante por el sólo hecho de haber completado erróneamente una declaración jurada informativa como es el F. 354, AMEX mantiene su planteo de inconstitucionalidad sobre dicha norma en lo que respecta a ese requisito formal. Ello, porque se concluiría que el medio utilizado por el legislador para la realización del fin que procura no respeta el principio de razonabilidad de la ley, y por lo tanto, deviene constitucionalmente inválida su aplicación al caso"* (cfr. contestación del recurso extraordinario -fs. 348, primer párrafo-, planteo replicado en el escrito de demanda -fs. 10, primer párrafo- y en la expresión de agravios -fs. 272, tercer párrafo-. Subrayado agregado).

En este aspecto, no es ocioso recordar que en el sistema implementado por la resolución (M.E.) 207/03 y reglamentado por la resolución general (AFIP) 1.486, eran las entidades emisoras de tarjetas de crédito quienes tenían a su cargo acreditar el tres por ciento del monto de las operaciones respectivas a las personas físicas que, en carácter de consumidores finales, abonaran las compras de bienes muebles o la contratación de servicios mediante la utilización de dichas tarjetas.

En cada mes calendario, las citadas entidades debían exteriorizar los importes efectivamente acreditados a sus usuarios mediante el formulario de declaración jurada F. 354 (cfr. Art. 1° de la resolución general AFIP 1.486). Esta declaración, junto a la restante información prevista en el art. 3° de ese reglamento, era el instrumento por el cual el Fisco Nacional tomaba conocimiento de los importes acreditados a los usuarios, sin perjuicio del posterior ejercicio de sus facultades de verificación y fiscalización para controlar la exactitud de lo declarado por el contribuyente (art. 35 y ccdtes., ley 11.683 y art.7° de la resolución general AFIP 1.486).

En tal sentido, resulta claro que la correcta declaración de las acreditaciones realizadas a favor de los usuarios de las tarjetas de crédito tiene directa vinculación con la efectividad de su posterior cómputo para cancelar las obligaciones tributarias de la entidad emisora, de modo que su exigencia no aparece, en mi criterio, reñida con el principio de razonabilidad que esgrime la actora.

Desde esta perspectiva, no advierto en la norma impugnada una alteración o desconocimiento de los derechos reglamentados, su falta de adecuación a los fines perseguidos por el art. 4° de la resolución (M.E.) 207/03 ni una iniquidad manifiesta (doctrina de Fallos: 256:241 y sus citas; 299:428; 327:3597, entre otros). Por el contrario, considero que supeditar el efecto cancelatorio a la correcta verificación de dicha exigencia se ajusta a la reiterada jurisprudencia de V.E. que indica que, para ser considerado titular de un determinado derecho -en este caso, el que posee la entidad emisora de pagar sus obligaciones tributarias con los importes efectivamente acreditados a los usuarios de sus tarjetas de crédito-, el particular debe cumplir no sólo todos los actos y condiciones sustanciales sino también los requisitos formales previstos en la ley, entre lo que se encuentra exteriorizar un saldo suficiente para proceder a dicho cómputo (arg. Fallos: 296:719, 723; 298:472 entre otros)

-VII-

Lo dicho hasta aquí torna inoficioso el examen de los restantes agravios del recurrente.

-VIII-

Por lo expuesto, considero que corresponde revocar la sentencia apelada y ordenar que, por quien corresponda, se dicte una nueva acorde a lo aquí dictaminado. Buenos Aires, 14 de agosto de 2018. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 25 de febrero de 2021.

Vistos los autos: “American Express Argentina S.A. c/ EN -AFIP – DGI s/ Dirección General Impositiva”.

Considerando:

Que esta Corte comparte el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario, y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Exímase a la recurrente de efectuar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto por la acordada 47/91. Agréguese el recurso de hecho a los autos principales, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Horacio Rosatti.

Recurso extraordinario y recurso de queja interpuestos por el **Fisco Nacional, en ambos casos,** representado por el **Dr. Raúl Ignacio Martínez Pita,** con el patrocinio letrado de la **Dra. María del Rosario Creixent Laborde.**

Traslado contestado por: **la actora, American Express Argentina S.A.,** representada por el **Dr. Liban Ángel Kusa,** con el patrocinio letrado del **Dr. Javier Malamud.**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal n° 7.**

CAJA DE SEGUROS S.A. C/ OBRA SOCIAL DE LA ACTIVIDAD DE SEGUROS REASEGUROS CAPITALIZACIÓN Y AHORRO Y PRÉSTAMO PARA LA VIVIENDA S/ ART 553 CPCC

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es formalmente admisible si la apelante discute la inteligencia y alcance de la ley 19.518, de naturaleza federal y la decisión del superior tribunal de la causa fue contraria a las pretensiones que la actora fundó en ella.

INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES PARA EL PERSONAL DE SEGUROS

El aporte descripto por el art. 17 inc. f de la ley 19.518 es exigible a aquellos sujetos que encuadran en la categoría de productor de seguros, mientras que la contribución prescripta por el inc. h se exige a la entidad aseguradora beneficiada por la gestión del productor y la cuantía de estas cargas se establece como un porcentaje de las sumas que los productores perciben como retribución.

INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES PARA EL PERSONAL DE SEGUROS

Teniendo en cuenta las características diferenciales de la operatoria del caso – acuerdo por el cual el A.C.A. se comprometía a tomar de la aseguradora un seguro colectivo y aportar los recursos necesarios para organizar la incorporación de sus asociados a dicha cobertura y a su vez, ésta se obligaba a abonar a aquella una compensación de un porcentaje sobre el importe de primas efectivamente percibidas y sobre el costo del servicio de préstamo de vehículos que el A.C.A. otorga a los asociados asegurados que hubieran sufrido un siniestro - corresponde concluir que no se han configurado los presupuestos de hecho que habilitarían a exigir el aporte y la contribución a que se refieren los incs. f y h del citado art. 17 de la ley 19.518 sin que se haya alegado -ni ello surge de las constancias agregadas- que la figura societaria o las particulares modalidades de contratación hayan sido adoptadas para sustraerse del cumplimiento de una obligación.

INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES PARA EL PERSONAL DE SEGUROS

Toda vez que los trabajadores del A.C.A. implicados en la operatoria bajo análisis cuentan con cobertura médica de la Obra Social del Personal del Automóvil Club Argentino, y la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda no podría ser elegida por ellos como prestadora en virtud de lo dispuesto por los arts. 2° de la ley 22.400 y 3° y 15 de la ley 19.518, el reclamo de ésta última configura un enriquecimiento sin causa a su favor, pues el pago de los aportes y contribuciones carecería de prestaciones que lo justifiquen.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, revocó la sentencia de la anterior instancia y rechazó, en consecuencia, la demanda entablada por la Caja de Seguros S.A, con el objeto de que la Obra Social de Seguros, Reaseguros, Capitalización, Ahorro y Préstamo para la Vivienda restituya el capital y los intereses liquidados con motivo de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo que la obra social le había iniciado a la ahora actora ("O.S.S.E.G. c/ Caja de Seguros S.A. s/ ejecución ley 23.660", expte. 57.082/99) -fs. 113/133, 489/491 y 5851587, de los cuerpos agregados, a los que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario-. En ese proceso, la aquí demandante fue condenada a abonar un certificado de deuda emitido por la obra social, por considerarla agente de retención de los aportes y contribuciones previstos por el artículo 17, incisos f) y h), de la ley 19.518, vinculados a la actividad del Automóvil Club Argentino (A C.A.).

Los jueces de la Sala III sostuvieron que la compensación que percibía el AC.A por parte de la Caja de Seguros S.A, en concepto de retribución o ganancia por la promoción de seguros (conforme lo establece el artículo 8° del "Acuerdo General de Complementación Operativa" que suscribieron), se asemeja a la retribución percibida por los productores de seguros, encuadrada en lo dispuesto por el artículo 17, incisos f) y h), de la ley 19.518.

Al respecto, valoraron las características de la actividad desplegada por el A.C.A en beneficio e interés de la Caja de Seguros S.A., que se asemejan a aquellas que surgen de la ley 22.400, que establece el régimen de los productores asesores de seguros y agregaron que no obstaba a tal solución que el A.C.A. no tuviera aptitud legal para inscribirse como agente productor, pues un acuerdo privado no puede soslayar los derechos protegidos por normas de jerarquía constitucional y de orden público. Resaltaron que el AC.A. realiza publicidad de la actividad aseguradora autocalificándose allí de intermediario en la oferta de seguros de la Caja de Seguros S.A.

Por último, el tribunal afirmó que una decisión distinta importaría una discriminación inversa, pues permitiría que todos aquellos que no cuenten con habilitación para ejercer la actividad no paguen los tributos que sí deben abonar los que cuentan con aptitud legal para desarrollarla.

Contra esa sentencia, tanto el Automóvil Club Argentino (citado como tercero) como la Caja de Seguros S.A., interpusieron sendos recursos extraordinarios, los que fueron rechazados (v. fs. 592/600, 601/615 Y 660). Sólo la Caja de Seguros S.A. insistió con la queja correspondiente, respecto de la cual el Tribunal corre vista (v. fs. 139/144 del cuaderno respectivo).

-II-

La recurrente sostiene que la interpretación que la sentencia hace del artículo 17 -incs. f) y h)- de la ley 19.518 viola su garantía de defensa enjuicio y debido proceso.

En particular, sostiene que si bien los jueces coinciden en que el A.C.A. no es un productor de seguros, concluyen que se encontraba obligado a los aportes y contribuciones que surgen del certificado de deuda confeccionado por la obra social, con sustento en las normas mencionadas, aplicables a los productores de seguros. Explica también que el A.C.A. es una asociación sin fines de lucro por lo cual no puede ser un productor de seguros, que, además, no tiene ningún poder otorgado para representar a la Caja de. Seguros S.A., ni percibe comisiones, y que sólo es un tomador de un seguro colectivo que recibe compensaciones por los gastos que realiza.

Por otra parte, argumenta que resulta improcedente la aplicación del tributo a una persona no obligada, cuando esas imposiciones solo pueden ser creadas por ley. El pago de aportes y contribuciones - dice - sólo se justifica si, a cambio, se obtiene' un beneficio o prestación,

pues de otra manera, la obligación de pago constituye una confiscación como en el caso, pues la Obra Social del Seguro no atiende a sus empleados, como tampoco a los del A.C.A.

Asimismo, precisa que, en virtud de la disposición del interventor del Instituto Nacional de Obras Sociales (INOS) dictada en el expediente 11.150/76 el23/11/76, ni su parte ni el A.C.A. deberían estar obligados a ingresar los aportes y contribuciones previstos en la ley 19.518.

Subsidiariamente, solicita la declaración de inconstitucionalidad del artículo 17, incisos f) y h),de la ley 19.518 y de la resolución conjunta INOS ANSSAL 139 - 3625/95, en tanto prevén una contribución en cabeza de terceros ajenos a la obra social que nada reciben de. la obra social.

-III-

En primer lugar, cabe precisar que los argumentos presentados por la recurrente como de naturaleza federal, estrictamente se circunscriben a cuestionar la caracterización que hizo la alzada de la actividad desplegada por el AC.A, como así también la interpretación del Acuerdo General de Complementación Operativa suscripto entre el AC.A. y Caja de Seguros S.A, lo cual remite al examen de aspectos fácticos, probatorios y de derecho comí m, ajenos -como regla y por su naturaleza- a esta instancia extraordinaria (Fallos: 311:341; 312:184; 326:3485). Ello es así, máxime cuando la sentencia cuenta con motivaciones no federales suficientes que, más allá de su grado de acierto, la sustentan y permiten desestimar la tacha de arbitrariedad invocada -v. doctrina de Fallos: 326:407; 327:1228, 3503; entre muchos otros-.

En efecto, el tribunal, para considerar improcedente la devolución de los importes percibidos por la obra social en concepto de aportes y contribuciones previstos por el artículo 17, incisos f) y h), de la ley 19.518, tuvo en cuenta la actividad real desplegada por el A.C.A., valorando al efecto el acuerdo suscripto entre éste y la Caja de Seguros S.A. como así también la publicidad realizada por el A.C.A. en la que se promociona la concertación de contratos de seguros (v. fs. 569 y sitio web www.aca.org.ar).

En tales condiciones, los argumentos presentados por la recurrente relativos a que el A.C.A., en su carácter de asociación civil sin fines de lucro, no es productor de seguros registrado en los términos de la ley 22.400, no logran conmover las premisas de las que parte el tribunal. En efecto, la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social no discute que el A.C.A. no es un productor regis-

trado legalmente; sin embargo, sostiene que realiza una actividad de intermediación en forma irregular por la cual percibe una retribución (v. Acuerdo General de Complementación Operativa, art. 8°, fs. 95/96), que la hace plausible de la obligación en cuestión.

En este punto, es oportuno señalar que el inciso f) ya citado prevé el aporte obligatorio de todos los productores en actividad, sean personas físicas o jurídicas -tal es el caso del A.C.A.- que perciban "cualquiera fuere su naturaleza o denominación comisiones de adquisición, de cobranzas, viáticos, premios y similares" (el subrayado me pertenece), incluyendo entonces, en principio, los gastos y costos. Así, deviene inconducente el planteo referido a que la retribución pactada en el acuerdo celebrado entre las partes tenga su causa expresa en gastos incurridos en la actividad.

Por lo demás, el hecho de que la obra social no atienda a los empleados de la Caja de Seguros S.A. ni a los del A.C.A., invocado por la recurrente, no resulta hábil para modificar lo resuelto, pues el artículo 17 de la ley 19.518 prevé que el patrimonio del instituto se forma con los recursos allí indicados entre los que se encuentra el aporte obligatorio de los productores en actividad, que pueden ser, como en el caso, personas jurídicas. De tal forma, la afiliación de los empleados, tanto del A.C.A. como de la Caja de Seguros S.A., resulta irrelevante a los efectos de resolver el punto debatido.

Al respecto, es conveniente mencionar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, sino que se dirige a cubrir casos excepcionales, en los que groseras deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de sustento normativo, impiden considerar al pronunciamiento de los jueces ordinarios, como una "sentencia fundada en ley" (Fallos: 324:4321; 325:3265, entre otros), situación que, conforme a lo expresado en los párrafos precedentes, no acaece en el supuesto de autos.

Por otra parte, en orden al planteo de invalidez constitucional del artículo 17, incisos f) y h), de la ley 19.518 y de la resolución conjunta INOS-ANSSAL 139 - 3625/95, presentado de manera subsidiaria por la parte actora, cabe señalar que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, ya que configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ello sino cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución ade-

cuada del proceso, a la que cabe acudir en primer lugar (doctrina de Fallos: 327:1899; 330:2981; entre muchos otros).

En relación con ello, es dable precisar que la Caja de Seguros S.A. sustenta la invalidez de las normas en que el tributo no guardaría relación concreta con las prestaciones y que produce un enriquecimiento sin causa para la obra social. Sin embargo, estos aspectos, además de revestir naturaleza fáctica, han obtenido adecuada respuesta en la sentencia donde se señaló que la discusión se centra exclusivamente en la aplicación de la norma sustento de los aportes y contribuciones, y que una solución diversa a la adoptada, en el marco de un sistema que recepta la solidaridad contributiva, importaría una lesión al principio de igualdad -art. 16, C.N.- para aquellos productores de seguros habilitados para ejercer la actividad. Asimismo, tal como fue mencionado, la obligación involucra en el supuesto la actividad de una persona jurídica, más allá de la afiliación de sus empleados, lo que toma improcedente la defensa vinculada con la falta de contraprestación.

Así, la declaración de inconstitucionalidad exige siempre un sólido desarrollo argumental y fundamentos suficientes para que pueda ser atendida y, por lo tanto, debe contener no sólo el aserto de que la norma objetada causa un agravio sino su acreditación, pues no compete a los tribunales hacer declaraciones generales abstractas (cfr. Fallos: 327:1899; 329:4135, entre otros), lo que dista de hallarse cumplido en estas actuaciones.

-IV-

Por lo expuesto, opino que corresponde desestimar la presente queja. Buenos Aires, 4 de mayo de 2017. *Irma Adriana García Netto.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 25 de febrero de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Caja de Seguros S.A. c/ Obra Social de la Actividad de Seguros Reaseguros Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda s/ art. 553 CPCC”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social revocó la sentencia de primera instancia y rechazó la demanda promovida por la Caja de Seguros S.A. (en adelante la Caja) contra la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda (O.S.Seg.), dirigida a obtener el reintegro de toda suma de dinero que la accionada pudiera haber percibido o fuera a percibir en virtud de la sentencia favorable que obtuvo en el juicio ejecutivo caratulado "O.S.Seg. c/ Caja de Seguros S.A.", expte. 57.082/99.

2°) Que para decidir de ese modo, el *a quo* consideró que el régimen de contribuciones establecido en la ley 19.518 era aplicable a la gestión desarrollada por el Automóvil Club Argentino (A.C.A.), pues aunque dicha entidad no era un productor de seguros, desarrollaba una actividad similar y recibía, en concepto de retribución o ganancia, una compensación por parte de la Caja que le generaba a la actora la obligación de ingresar los aportes y contribuciones del art. 17, incs. f y h de la referida ley 19.518.

3°) Que contra dicho pronunciamiento, la accionante dedujo el recurso extraordinario –sustentado en la existencia de cuestión federal y en la arbitrariedad del fallo- que, denegado, motivó la presente queja.

La apelante sostiene que la actividad del A.C.A. no era susceptible de la asimilación planteada por el *a quo* y, en consecuencia, las compensaciones que le abonaba no corresponden al concepto del art. 17 de la ley 19.518. En este sentido, afirma que la interpretación dada por la alzada a los incs. f y h de dicha norma extiende indebidamente su ámbito de aplicación vulnerando los principios establecidos en los arts. 4°, 17, 52 y 75 inc. 2 de la Constitución Nacional y otorga a la demandada un enriquecimiento sin causa.

Aduce que el fallo pretende que los textos legales mencionados se apliquen a situaciones ajenas a los supuestos allí previstos y que el *a quo* confunde la producción comercial de seguros, que consiste en intermediar en el mercado de cobertura de riesgos con un propósito económico, con la suscripción de un seguro colectivo por parte de una entidad sin fines de lucro para que sus asociados y dependientes se adhieran a él y cubran sus contingencias en mejores condiciones que

si lo hicieran en forma particular. Indica que las características de la operatoria surgen claramente del convenio celebrado con el A.C.A. y del informe contable producido en autos (fs. 388/390 vta.) y añade que las compensaciones abonadas no son comisiones.

Para el supuesto de que esta Corte confirmara el criterio que sustentó la sentencia recurrida, mantiene el planteo de inconstitucionalidad del art. 17, incs. f y h de la ley 19.518 y de la resolución conjunta I.N.O.S. A.N.S.S.A.L. 139 y 3625/95 -que disponen que los productores de seguros quedan obligatoriamente incorporados a la O.S.Seg.-, cuyo tratamiento fue omitido por la cámara.

4°) Que el recurso extraordinario planteado es formalmente admisible pues la apelante discute la inteligencia y alcance de la ley 19.518, de naturaleza federal (Fallos: 313:1160) y la decisión del superior tribunal de la causa fue contraria a las pretensiones que la actora fundó en ella (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Por lo demás, los agravios referentes a la arbitrariedad de sentencia deben ser tratados en forma conjunta en tanto se encuentran inescindiblemente vinculados a la cuestión federal.

5°) Que mediante la ejecución que dio lugar a esta causa, la O.S.Seg. reclamó el pago de una deuda en concepto de aportes y contribuciones que fue determinada aplicando los porcentajes previstos en los incs. f y h del art. 17 de la ley 19.518 a los pagos que la Caja había efectuado al A.C.A. entre julio de 1994 y diciembre de 1996.

6°) Que tales importes fueron abonados por gestiones realizadas en el marco del "Acuerdo General de Complementación Operativa" firmado por ambas entidades (fs. 78/111 del cuerpo I agregado por cuerda). En ese convenio, el A.C.A. se había comprometido a tomar de la Caja un seguro colectivo y aportar los recursos humanos y materiales necesarios para organizar la incorporación de sus asociados a dicha cobertura, de acuerdo con las bases y condiciones pactadas. A su vez, la Caja se obligó a abonar al A.C.A. una compensación equivalente a la suma que resultara de calcular el veintiuno por ciento (21%) sobre el importe de primas efectivamente percibidas y el cincuenta por ciento (50%) sobre el costo del servicio de préstamo de vehículos que el A.C.A. otorga a los asociados asegurados que hubieran sufrido un siniestro, entre otros rubros.

7°) Que corresponde dilucidar si las personas jurídicas involucradas y las operaciones que las vinculan se encuentran comprendidas en las disposiciones de la ley 19.518 aludidas y, por lo tanto, alcanzadas por las obligaciones que ellas imponen.

Delimitada así la controversia, cabe señalar que del texto de los arts. 3°, 15 y 17 de la ley citada –cuya reproducción se omite en razón de brevedad- surge que la obligación de realizar aportes y contribuciones destinados al financiamiento de la O.S.Seg. tiene como causa la actividad de las personas que intervienen, de modo habitual y principal, en la concertación de contratos de seguros. Esta actividad de intermediación es ejercida por agentes auxiliares de comercio cuyos contornos se encuentran delineados por la ley 22.400, que creó un registro especial en el que deben inscribirse quienes pretendan realizarla.

8°) Que, en función de lo establecido en los artículos citados en el considerando anterior, el aporte descripto en el art. 17 inc. f es exigible a aquellos sujetos que encuadran en la categoría de productor de seguros, mientras que la contribución prescripta por el inc. h se exige a la entidad aseguradora beneficiada por la gestión del productor. La cuantía de estas cargas se establece como un porcentaje de las sumas que los productores perciben como retribución.

9°) Que en su condición de asociación civil sin fines de lucro, el A.C.A. se halla impedido de actuar en la producción de seguros, ya que según los arts. 2° y 20 de la ley 22.400, la intermediación para la contratación de seguros solo puede ser ejercida por una persona física inscripta en el registro correspondiente o por una sociedad comercial integrada por productores inscriptos.

Esta circunstancia fue reconocida por la obra social demandada, pues cuando en la carta documento obrante a fs. 48/50 sostuvo que el A.C.A. era y actuaba como un productor de seguros a título oneroso, agregó que ello era así "aunque escape a la figura típica del productor-asesor de seguros de la ley 22.400, a la del agente institorio del art. 54 de la ley 17.418, a la de sociedades de productores autorizados por el art. 20 y subsig. de la ley 22.400 y su reglamentación, al mandato, a la gestión de negocios, etc.".

10) Que en lo atinente a las modalidades que caracterizan la relación entre la Caja y el A.C.A., no se ha refutado en la causa que el

Automóvil Club Argentino actúa como tomador de un seguro colectivo, lo que no concuerda con la actividad de un productor de seguros que, por definición, es ajeno a la operación concertada mediante su intermediación.

Por su parte, las sumas que la Caja se obligó a pagar al A.C.A. incluyen conceptos que no tienen el carácter retributivo propio de las comisiones por labores de asesoramiento o producción. Tal es el caso de las compensaciones por las inversiones realizadas por el A.C.A. con anterioridad a la firma del acuerdo, las que corresponden a los gastos que pudieran generarse a partir de la contratación del seguro colectivo, las relacionadas con la puesta a disposición de las dependencias ubicadas en edificios del A.C.A. en todo el país y las que resulten de compartir los costos de los préstamos de automotores a los asegurados que sufrieron un siniestro.

11) Que esas características diferenciales de la operatoria examinada fueron destacadas por la actora y admitidas por el *a quo*. Ellas permiten concluir que, en rigor, no se han configurado en el caso los presupuestos de hecho que habilitarían a exigir el aporte y la contribución a que se refieren los incs. f y h del citado art. 17 de la ley 19.518, sin que se haya alegado -ni ello surge de las constancias agregadas- que la figura societaria o las particulares modalidades de contratación hayan sido adoptadas para sustraerse del cumplimiento de una obligación.

12) Que corresponde analizar, en consecuencia, si cabe extender los alcances de la carga legal a supuestos atípicos no descriptos en la norma. Para ello habrá de tomarse en consideración el sentido y finalidad esencial de las prescripciones en juego, que es la de proteger a los trabajadores del seguro frente a las contingencias de índole médico-asistencial que pudieran acontecerles. Dicho propósito justifica establecer, en un contexto donde prima la solidaridad (Fallos: 335:146), aportes personales y contribuciones de los empleadores para financiar a la obra social que otorga las prestaciones.

Que el designio legal no se cumpliría, en el caso, mediante pagos realizados a la demandada. Ello es así por cuanto los trabajadores del A.C.A. directamente implicados en la operatoria bajo análisis cuentan con cobertura médica de la “Obra Social del Personal del Automóvil Club Argentino” (O.S.P.A.C.A.), y la O.S.Seg. demandada no podría ser

elegida por ellos como prestadora en virtud de lo dispuesto por los arts. 2° de la ley 22.400 y 3° y 15 de la ley 19.518.

13) Que en tales condiciones, si se rechazara la demanda y de tal forma se convalidara el reclamo de la O.S.Seg. se configuraría un enriquecimiento sin causa a su favor, pues el pago de los aportes y contribuciones carecería de prestaciones que lo justifiquen.

14) Que en atención a la forma en que se resuelve, deviene inoficioso el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad formulado por la parte actora.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, el Tribunal resuelve: hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar 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, dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Reintégrese el depósito. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por la **Caja de Seguros S.A.**, representada por el **Dr. Alberto Horacio Ares.**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social n° 5.**

PETCOFF NAIDENOFF, LUIS s/ Incidente de inhibitoria

HABEAS CORPUS

Los aspectos fácticos del hábeas corpus colectivo – iniciado en representación de un grupo de personas, tanto adultas como menores, que se hallan alojadas en los centros de aislamiento por COVID-19 existentes en la Provincia de Formosa - involucran valores centrales de

nuestra Constitución, como lo son la protección a la libertad y a los derechos humanos en general, en circunstancias tales que justifican un tratamiento excepcional por parte de la Corte; mas aún en cuanto la denuncia comprende a sujetos de tutela constitucional específica, como lo son las mujeres, niños y niñas (artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional).

LIBERTAD INDIVIDUAL

La libertad física, cuyo alto valor se funda en reiterados pasajes de la Constitución Nacional (Preámbulo, artículos 14, 15 y 18; artículo 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos VIII y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 9° y 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 9° y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros), opera como un derecho basal, presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales, para cuya regulación el constituyente ha requerido el cumplimiento de exigencias específicas, aplicables incluso en emergencia.

LIBERTAD CIVIL

Las libertades civiles pueden estar sujetas a restricciones y a regulaciones, pero estas deben ser razonables en relación a su objeto y adoptadas en interés de la comunidad, pues no sería constitucionalmente válido si a través de disposiciones arbitrarias se pudiera subvertir la noción de esas libertades.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

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.

COVID-19

Aun ante el escenario de emergencia que se verifica en el marco del COVID-19, las medidas que se adopten para hacer frente a la pandemia y conlleven la regulación de derechos fundamentales deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales y la restricción a la libertad corporal debe satisfacer exigencias de razonabilidad.

COVID-19

Dada la trascendencia de las cuestiones involucradas, en forma excepcional y con carácter previo a dirimir el conflicto de competencia planteado, la Corte, en su condición de custodio último de las garantías constitucionales, estima que es prioritario requerir información actualizada sobre la situación denunciada en relación a los centros de aislamiento preventivos de la Provincia de Formosa y encomendar a las autoridades públicas correspondientes que, lleven a cabo las gestiones necesarias para que -en el contexto de la emergencia declarada por la propagación del virus COVID-19-, sean respetados y protegidos los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos.

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

No existe óbice para que la Corte, antes de resolver la competencia del caso - habeas corpus iniciado en representación de un grupo de personas, tanto adultas como menores, que se hallan alojadas en los centros de aislamiento por COVID-19 en la Provincia de Formosa -, una vez que se emita el correspondiente dictamen fiscal necesario en los términos del artículo 2°, inciso f, de la ley 27.148-, adopte las medidas imprescindibles que resulten idóneas para asegurar la vigencia de los principios constitucionales y de las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina, en tanto ello se inscribe en las atribuciones contempladas en el artículo 36, inciso 4°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

COVID-19

Corresponde exhortar al gobierno de la Provincia de Formosa sobre la necesidad de llevar a cabo el control y prevención de la propagación del virus COVID–19 con arreglo a los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos, así como también acerca del deber impostergable que pesa sobre los tribunales de justicia de todo el país, en el marco de sus respectivas competencias, de brindar efectivo amparo a las personas cuyos derechos se ven amenazados o han sido ya vulnerados.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

El 27 de enero pasado la juez de feria a cargo del Juzgado de Instrucción y Correccional n° 2 de Formosa hizo lugar al planteo de incompetencia por inhibitoria presentado por la Fiscalía de Estado provincial y, en consecuencia, exhortó al Juzgado Federal n° 2 de esa sección a que se inhibiera de conocer en el expediente FRE 36/2001, caratulado "Petcoff Naidenoff, Luis s/habeas corpus".

La juez federal rechazó el planteo en acatamiento de la sentencia dictada en la misma fecha por la Sala de Feria de la Cámara Federal de Casación Penal que declaró la competencia federal -hasta entonces negada por los jueces de las instancias anteriores- para conocer en esta acción de hábeas corpus.

Al tomar conocimiento de lo decidido, la juez local solicitó a su par federal la elevación del expediente principal a la Corte Suprema para que se dirimiera la cuestión en los términos del artículo 24, inciso 7°, del decreto ley 1285/58, lo que así fue cumplido.

Advierto, en primer lugar, que el conflicto no se ha trabado en forma correcta, pues de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal, si ha sido una cámara la que tomó la decisión sobre la competencia objeto de la cuestión, es ese tribunal el que debió considerar el planteo inhibitorio y no el juez de primera instancia (conf. Fallos: 312:1624; 326:1644; 327:269).

Asimismo, y también según conocidos principios que rigen la materia, es necesario que con carácter previo a determinar la competencia sean resueltas las apelaciones pendientes (Fallos: 327:3898; 328:318; y

el dictamen de esta Procuración General en el expte. CCF 485/2018/CS1, del 8 de julio de 2020) y, en este sentido, surge del informe que acompaño al presente que la decisión de la Sala de Feria de la Cámara Federal de Casación Penal aludida por la señora juez federal ha sido impugnada por la Fiscalía de Estado de la provincia de Formosa, pese a haber promovido de manera simultánea el planteo de inhibición que originó esta contienda.

Además, el tribunal local no ha cumplido con la manda de elevar a la Corte todos los antecedentes de lo actuado ante sus estrados, omisión que priva a la Corte de información indispensable para resolver la cuestión, en especial cuando la propia juez formoseña refiere en el punto II) de la inhibitoria requerida que el 22 de enero último habría rechazado la acción de hábeas corpus, pese a que entonces se encontraba pendiente de resolución el recurso de casación interpuesto contra la decisión de la Cámara Federal de Resistencia que había confirmado la declinación de competencia a favor de la justicia provincial resuelta por la juez de sección, y ello supondría una contradicción con la doctrina según la cual la resolución sobre la competencia para juzgar un hecho es presupuesto para el dictado de la que recaiga sobre el fondo del pleito (conf. Fallos: 316:3122; 321:248; 330:4260).

Por lo tanto, entiendo que en las condiciones señaladas la Corte se encuentra impedida de pronunciarse en el caso. Buenos Aires, 4 de febrero de 2021. *Casal Eduardo Ezequiel.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 25 de febrero de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que las presentes actuaciones llegan a esta Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud del conflicto positivo de competencia suscitado entre la justicia federal y la justicia provincial de Formosa en los términos del artículo 24, inciso 7°, del decreto-ley 1285/58.

Ambas jurisdicciones entendieron que son competentes para examinar la situación denunciada en el marco del hábeas corpus colectivo iniciado por Luis Carlos Petcoff Naidenoff en representación

de un grupo de personas, tanto adultas como menores, que se hallan alojadas en los centros de aislamiento por COVID-19 existentes en la provincia, las que recibirían un trato inhumano por parte de las autoridades locales que gestionan dichos establecimientos. A su vez, invocando el precedente de esta Corte Suprema en el caso "Rivera Vaca" (Fallos: 332:2544), el actor impulsó en el marco del hábeas corpus alcanzar al grupo amparado trascendiendo a las personas particulares que pudieran integrarlo en un momento determinado.

En particular, denunció las condiciones de alojamiento en el estadio Cincuentenario de la ciudad de Formosa –el cual está catalogado como centro de atención y aislamiento para casos leves, asintomáticos y sospechosos– cuyas instalaciones no cumplirían con los estándares mínimos de salubridad e higiene. Posteriormente, amplió su objeto para incluir a personas alojadas en la Escuela n° 42, la Escuela n° 19, y en el Colegio Gobernador Juan José Silva, en similares condiciones de aislamiento.

Describió el trato indigno al que –según afirmó– son sometidas las personas que deben permanecer en los centros de alojamiento y aislamiento bajo estricto control policial y, en algunos supuestos, por tiempo indeterminado. Resaltó, entre otras circunstancias, que los espacios de encierro no tienen ventilación, que no se respeta el distanciamiento de dos (2) metros entre personas, ni se garantizan las más mínimas condiciones de higiene y salubridad. Agregó que allí se deben tolerar "*los reflectores prendidos casi las 24 hs para evitar cualquier situación indeseable, ya que como dijimos en un estadio de básquet/vóley devenido en centro de atención y aislamiento, con fuerte presencia policial profundiza el temor y angustia a los allí alojados*" (cf. escrito de interposición de hábeas corpus).

Alertó que tales condiciones exponen a los alojados a una mayor posibilidad de contagio de COVID-19, toda vez que el Estado provincial obliga a compartir un mismo espacio a cientos de personas (de distintas edades y sexos), algunas de ellas con PCR positivo para COVID-19 y otras a la espera de los resultados o -incluso- con PCR negativo.

Entre las distintas situaciones puntuales denunciadas, identificó el caso de una niña que, tras recibir un resultado positivo de COVID-19, tuvo que permanecer siete días separada de su grupo familiar de los al menos diecisiete días que estuvo aislada. La trabajadora social que

la entrevistó trasmitió que la niña de 16 años había planteado que "*por qué ella sigue allí, sola, sin ningún familiar siendo menor de edad*" (cf. caso 1 de la presentación de hábeas corpus).

También incluyó el relato de una madre que sospecha que su bebé contrajo COVID-19 en el centro de alojamiento pues después de un primer examen con resultado negativo efectuado al llegar al mencionado centro, le realizaron un segundo análisis a su hijo, esta vez, con resultado positivo. La madre relató que el espacio se encuentra "*pobremente separado/dividido con lonas, no hay ventilación ni cambio de aire frente a las altas temperaturas que se deben soportar ahí*" y que "*siente mucho temor por estar conviviendo con personas totalmente desconocidas y rodeadas de policías*" (cf. caso 6 de ampliación de hábeas corpus).

A su vez, relató la experiencia de una madre y sus hijos que narran que "*el día jueves 7 de enero la policía se apersonó en el domicilio de los antes mencionados cerca de las 3 A.M. y los llevaron para hisoparse*" con fundamento en que uno de ellos era considerado contacto estrecho de una persona cuyo diagnóstico era positivo de COVID-19; describieron, según apuntó, que "*las puertas y ventanas están trabadas, los baños están en muy malas condiciones de higiene, no sale agua, los inodoros están rotos*" y expresaron que tienen "*mucho miedo porque todo el tiempo traen gente nueva algunas con covid positivo y que los mezclan a todos en una misma pieza*" (cf. caso 14 de la ampliación de hábeas corpus).

En concreto, el hábeas corpus interpuesto denunció las condiciones de alojamiento como inhumanas y sostuvo que las medidas descriptas serían derivaciones de la decisión de las autoridades de la Provincia de Formosa de no permitir que las personas asintomáticas, leves o con contactos estrechos efectúen los aislamientos en sus domicilios particulares. Afirmó que, al obligarlas a cumplir la cuarentena en los centros de aislamiento -y en las condiciones mencionadas-, se violan garantías constitucionales fundamentales al tiempo que se desconocen las recomendaciones sobre aislamiento del Ministerio de Salud de la Nación.

2°) Que el 27 de enero pasado la jueza de feria a cargo del Juzgado de Instrucción y Correccional n° 2 de Formosa hizo lugar al planteo de incompetencia por inhibitoria presentado por la Fiscalía de Estado

provincial y, en consecuencia, exhortó al Juzgado Federal n° 2 de esa sección para que se inhiba de conocer en el expediente FRE 36/2021, caratulado "Petcoff Naidenoff, Luis s/ hábeas corpus".

Por su parte, la jueza federal rechazó el planteo en acatamiento de la sentencia dictada en esa misma fecha por la Sala de Feria de la Cámara Federal de Casación Penal que –por mayoría- había declarado la competencia federal –hasta entonces negada por los jueces de las instancias anteriores– para conocer en esta acción de hábeas corpus, con base en: 1) lo decidido por esta Corte en la causa "Lee, Carlos Roberto y otro" (Fallos: 343:1704); 2) que las medidas dictadas por la autoridad provincial responden a disposiciones de orden nacional dictadas en el marco de la política pública sanitaria establecida durante la pandemia por el Poder Ejecutivo Nacional; y 3) la -a su entender- naturaleza federal del delito previsto y reprimido en el artículo 205 del Código Penal de la Nación, invocado por el presentante.

Al tomar conocimiento de lo decidido, la jueza local solicitó a su par federal la elevación del expediente a la Corte Suprema para que se dirima la cuestión en los términos del artículo 24, inciso 7°, del decreto-ley 1285/58, lo que así fue cumplido.

A la situación precedentemente descripta, corresponde agregar que el 22 de enero de 2021 se dictó una resolución en la jurisdicción provincial rechazando el hábeas corpus presentado. Por otra parte, y luego de resistir la inhibitoria de la magistrada local, la señora jueza del Juzgado Federal n° 2 de Formosa declaró abstracto el hábeas corpus iniciado en favor de las personas individualizadas en el escrito de inicio al evaluar que, de los informes presentados en la causa y del propio testimonio de algunos de los beneficiarios, se desprendía que ninguno de ellos se encontraba alojado a esa altura de los acontecimientos en los centros de alojamiento de la provincia; también desestimó la legitimación para representar a un colectivo indefinido en los términos de la ley 23.098 y del artículo 43 de la Constitución Nacional. Esta decisión fue, sin embargo, revocada en el ámbito de la Cámara Federal de Resistencia el 12 de febrero de este año.

Por último, no debe soslayarse que la decisión de la Cámara Federal de Casación Penal en materia de competencia ha sido cuestionada por recurso extraordinario federal, que fue denegado, decisión que aún no se encuentra firme.

3°) Que una vez que el incidente de conflicto de competencia se encontraba radicado en esta Corte, la Fiscal de Estado de la Provincia de Formosa hizo saber al Tribunal nuevas circunstancias que a su entender guardaban estrecha relación con el objeto del hábeas corpus colectivo interpuesto.

Así, el pasado 5 de febrero la representante de la provincia manifestó que se habían adoptado nuevas medidas sanitarias para la prevención del virus del COVID-19 y acompañó la resolución 151 del Ministro de Comunidad A/C del Ministerio de Desarrollo Humano que, en atención a "la evolución epidemiológica" de la provincia, había aprobado nuevos protocolos que modificaban las condiciones de aislamiento. En concreto, los nuevos protocolos si bien mantienen, en términos generales, que las condiciones de aislamiento deben ser cumplidas en centros de alojamiento habilitados a ese efecto, también permitirían a ciertas personas realizar cuarentenas en sus domicilios siempre y cuando una previa evaluación socio-ambiental así lo autorice.

Asimismo, el 11 de febrero, se presentó nuevamente la Fiscal de Estado y comunicó que el Centro de Atención Sanitaria "Estadio Polideportivo Cincuentenario" fue habilitado ante la irrupción de brotes de contagios en diferentes localidades de la provincia y funcionó durante las primeras semanas del corriente año. Agregó que en este Centro se llegó a internar a 200 pacientes asintomáticos o con síntomas leves de COVID-19. Por último, hizo saber al Tribunal que, ante la reducción de los contagios, circunstancia que adjudicó a la decisión de imponer la cuarentena preventiva y obligatoria en el Estadio Polideportivo, este centro de alojamiento fue desactivado, no permaneciendo a esa fecha ninguna persona allí alojada.

4°) Que el señor Procurador General de la Nación interino, al conferirse vista en los términos de la Ley del Ministerio Público Fiscal, manifestó la imposibilidad de expedirse con relación al conflicto de competencia suscitado.

Según la opinión fiscal, se identificaron tres óbices que le impedirían emitir un dictamen sobre el asunto.

En primer término, señaló que la contienda positiva no se halla correctamente trabada, pues debió darse intervención a la Cámara

Federal de Casación Penal para que ese órgano sostenga la decisión de declarar la competencia de la justicia federal.

En segundo lugar, advirtió que existe una apelación pendiente de resolución, respecto de la decisión de asignar el conocimiento del asunto a la justicia federal, ya que ello fue cuestionado por vía de recurso extraordinario por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Formosa. Para ello, invocó la jurisprudencia de este Tribunal sobre la necesidad de resolver las apelaciones antes de dirimir las contiendas de competencia.

Finalmente, indicó que, aun cuando son necesarios para dirimir el conflicto competencial, no cuenta con los antecedentes producidos en sede de la justicia local de Formosa para admitir la inhibitoria introducida por la Fiscalía de Estado de la provincia.

5°) Que los aspectos fácticos descriptos en el hábeas corpus colectivo involucran valores centrales de nuestra Constitución, como lo son la protección a la libertad y a los derechos humanos en general, en circunstancias tales que justifican un tratamiento excepcional por parte de esta Corte. Más aún en cuanto la denuncia comprende a sujetos de tutela constitucional específica, como lo son las mujeres, niños y niñas (artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional).

En este sentido, en 1984, al resolver el caso "Fiorentino" en el marco del restablecimiento de la democracia constitucional, se recordaron los principios políticos republicanos que inspiraron la Constitución de 1853, esto es, que sus artículos 18 y 19 contenían la salvaguarda del fundamento último del Estado republicano: la más plena tutela de la libertad personal (Fallos: 306:1752, voto del juez Petracchi, considerando 5°). En esa ocasión se destacaron las palabras de Alberdi, quien señaló que "*escritos o no, hollados o respetados, se pueden reputar principios conquistados para siempre por la revolución republicana y esculpidos en la conciencia de las poblaciones, los siguientes… la libertad de su persona, la inviolabilidad de la vida, de la casa, de la dignidad*" (Juan Bautista Alberdi, Derecho Público Provincial Argentino, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 55).

En efecto, la libertad física, cuyo alto valor se funda en reiterados pasajes de la Constitución Nacional (Preámbulo, artículos 14, 15 y 18; artículo 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

artículos VIII y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 9° y 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 9° y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros), opera como un derecho basal, presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales, para cuya regulación el constituyente ha requerido el cumplimiento de exigencias específicas, aplicables incluso en emergencia.

En esta inteligencia, las libertades civiles pueden estar sujetas a restricciones y a regulaciones, pero estas deben ser razonables en relación a su objeto y adoptadas en interés de la comunidad, pues no sería constitucionalmente válido si a través de disposiciones arbitrarias se pudiera subvertir la noción de esas libertades.

6°) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 9 de abril de 2020 emitió una Declaración titulada "COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales", a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese tribunal.

Entre las consideraciones particulares incluidas en dicha declaración, cabe destacar, por su atinencia al caso y en tanto esta Corte la comparte, que: "*Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos*".

A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció con posterioridad las "Directrices Interamericanas sobre los

Derechos Humanos de las personas con COVID-19", cuyo apartado 14 establece que "*[e]n el caso de que se requiera realizar un período de aislamiento físico o cuarentena para las personas con COVID-19, las personas tienen el derecho a ser informadas sobre la naturaleza, necesidad y condiciones donde se la realizaría, incluyendo a sus familiares. Cuando los Estados habiliten ambientes destinados a este objeto deberán velar por que sean adecuados con acceso a instalaciones sanitarias*" (resolución 4/2020 de la citada Comisión).

En esa línea, el Comité de Derechos del Niño, en su declaración del 8 de abril de 2020, ha advertido sobre el grave efecto físico, emocional y psicológico de la pandemia COVID-19 en los niños y ha formulado un llamado a los Estados para proteger sus derechos, incluyendo en su pedido el liberar a los niños de todas las formas de detención o encierro, siempre que sea posible, y proporcionar a los niños que no pueden ser liberados de los medios para mantener un contacto regular con sus familias (punto 8).

7°) Que, en el transcurso del año 2020 y en relación con planteos específicos vinculados a los regímenes jurídicos dictados como consecuencia de la pandemia COVID-19, esta Corte, como custodio de las garantías constitucionales y dejando a salvo lo que en definitiva fuera a decidir respecto de su competencia para intervenir en los respectivos procesos, ha requerido a las jurisdicciones provinciales involucradas los informes necesarios a los efectos de considerar las situaciones allí denunciadas (autos CSJ 475/2020 "Crescia, Ernesto Omar c/ Salta, Provincia de s/ amparo"; CSJ 476/2020 "Borge, María Sol c/ San Luis, Provincia s/ medida autosatisfactiva"; CSJ 2237/2020 "Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva"; FRE 1674/2020 "Licores Nordeste SRL c/ Corrientes, Provincia de s/ amparo"; FCB 6364/2020 "Sociedad Rural de Río Cuarto y otros c/ San Luis, Provincia de s/ amparo"; y CSJ 592/2020 "Petcoff Naidenoff, Luis Carlos c/ Formosa, Provincia de s/ amparo - habeas corpus", pronunciamientos del 10 de septiembre de 2020, y sentencias del 29 de octubre de 2020 en las causas CSJ 592/2020 "Petcoff" y FRE 2774/2020 "Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo – amparo colectivo - expediente digital").

En la referida causa "Maggi", además de efectuar el aludido pedido de informes, y siempre dejando a salvo lo que en definitiva resolviera sobre la competencia en el caso, dispuso una medida cautelar

innovativa en virtud de la cual ordenó a la Provincia de Corrientes que arbitrara las medidas necesarias para que el actor pudiese ingresar desde la Provincia del Chaco por el puente General Belgrano para asistir diariamente a su madre durante el tratamiento oncológico que esta debía realizarse en la ciudad de Corrientes (Fallos: 343:930).

Posteriormente, respecto de la Provincia de Formosa, en la causa citada FRE 2774/2020/CS1 "Lee" dispuso que se arbitraran los medios necesarios para garantizar el efectivo ingreso al territorio provincial -con cumplimiento de las medidas sanitarias que se estimaran pertinentes- de todos los ciudadanos que lo hubieran solicitado, dentro del plazo máximo de quince días, en el entendimiento de que, en los hechos, las restricciones establecidas por las autoridades locales no superaban "*...el test de razonabilidad que establece el artículo 28 de la Constitución Nacional, al suprimir libertades individuales más allá de lo tolerable*" (Fallos: 343:1704, considerando 9°). En este último precedente el Tribunal destacó, además, que "*aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no menos cierto es que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto. Los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance*" (Fallos: 343:1704, considerando 7°).

Así, este 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).

En síntesis, aun ante el escenario de emergencia que se verifica en el marco del COVID-19, conforme ha señalado este Tribunal, las medidas que se adopten para hacer frente a la pandemia y conlleven la regulación de derechos fundamentales deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales (cfr. Fallos: 343:930 y 1704). Con arreglo a lo expresado, cabe

afirmar que la restricción a la libertad corporal debe satisfacer exigencias de razonabilidad.

8°) Que, dada la trascendencia de las cuestiones involucradas, en forma excepcional y con carácter previo a dirimir el conflicto de competencia planteado, esta Corte, en su condición de custodio último de las garantías constitucionales, estima que es prioritario requerir información actualizada sobre la situación denunciada en relación a los centros de aislamiento preventivos de la Provincia de Formosa y encomendar a las autoridades públicas correspondientes que, lleven a cabo las gestiones necesarias para que -en el contexto de la emergencia declarada por la propagación del virus COVID-19-, sean respetados y protegidos los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos.

A la luz de lo expuesto, no existe óbice para que esta Corte, antes de resolver la competencia del caso -una vez que se emita el correspondiente dictamen fiscal necesario en los términos del artículo 2°, inciso f, de la ley 27.148-, adopte las medidas imprescindibles que resulten idóneas para asegurar la vigencia de los principios constitucionales y de las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina, en tanto la decisión a que arriba el Tribunal se inscribe en las atribuciones contempladas en el artículo 36, inciso 4°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (cfr. causa FCB 6364/2020 "Sociedad Rural de Río Cuarto y otros c/ Provincia de San Luis - Poder Ejecutivo s/ amparo ley 16.986", resolución del 10 de septiembre de 2020).

Por ello, y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto del conflicto de competencia, se resuelve:

I) Requerir a la Provincia de Formosa que informe a esta Corte en el plazo de tres (3) días:

1°) si el Centro de Atención Sanitaria ubicado en el "Estadio Polideportivo Cincuentenario" ha sido desactivado de manera definitiva, o si se trata de una resolución condicionada a la reducción en el nivel de contagios y, en tal caso, bajo qué pautas se procedería a su reapertura;

2°) si subsisten en actividad otros centros de internación que funcionen bajo las mismas condiciones que las referidas por la Fiscalía de

Estado de la Provincia de Formosa respecto del "Estadio Polideportivo Cincuentenario"; y

3°) sobre los protocolos para la protección de derechos humanos que deben respetar las autoridades provinciales que controlan y aplican la regulación sanitaria, incluso respecto de quienes cumplan cuarentenas domiciliarias.

II) Exhortar al gobierno de la Provincia de Formosa sobre la necesidad de llevar a cabo el control y prevención de la propagación del virus COVID–19 con arreglo a los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos, así como también acerca del deber impostergable que pesa sobre los tribunales de justicia de todo el país, en el marco de sus respectivas competencias, de brindar efectivo amparo a las personas cuyos derechos se ven amenazados o han sido ya vulnerados.

Notifíquese.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

MONTERO, ABELARDO c/ DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA s/ Recurso directo de organismo externo

INTERPRETACION DE LA LEY

En la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas federales, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de la cámara ni del recurrente, sino que le corresponde realizar una declaratoria sobre el punto disputado (art. 16 de la ley 48), según la interpretación que rectamente le otorgue.

EXENCION IMPOSITIVA

Las normas que consagran exenciones impositivas deben interpretarse en forma tal que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación.

EXENCION IMPOSITIVA

Las exenciones tributarias deben resultar de la letra de la ley, de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicación de las normas que las establezcan, y fuera de esos casos corresponde la interpretación estricta de las cláusulas respectivas, por lo que, en caso de duda, deben ser resueltas en forma adversa a quien invoca el beneficio fiscal.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Los intereses pagados mediante entrega de bonos de consolidación en moneda nacional Cuarta Serie 2% no integran las condiciones financieras de título público alguno, y en consecuencia, no se encuentran comprendidos en la exención prevista en el punto 4 del art. 36 bis de la ley 23.576, según la modificación dispuesta por la ley 23.962.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Los bonos entregados en pago de los intereses devengados entre las fechas de emisión de los títulos públicos se encuentran alcanzados por el impuesto a las ganancias por representar el resarcimiento por la mora en el cumplimiento de la obligación principal a cargo del deudor y constituir ganancias indirectas gravadas en virtud de lo dispuesto en los arts. 1, 2 y 45 –inc. a- de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1997 y sus modif.) y del art. 8 – primer párrafo de su decreto reglamentario.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Las diferencias de cambio abonadas mediante la entrega de bonos de consolidación en moneda nacional Cuarta Serie 2% no se hallan exentas del impuesto a las ganancias, pues, aun cuando por vía de hipótesis se

considere que tales conceptos configuran "un ajuste de capital" en los términos del punto 4 del primer párrafo del art. 36 bis de la ley 23.576, lo cierto es que la actora no ha acreditado que las diferencias de cambio hayan sido creadas y se encuentren documentadas en los títulos que instrumentaron los bonos de consolidación, al margen de que los expresados en dólares estadounidenses nunca fueron entregados sino, por el contrario, las mentadas diferencias de cambio tienen origen en la pesificación de la deuda originalmente consolidada en dólares estadounidenses según lo establecido por el art. 10 de la ley 25.565, el art. 1 del decreto 1873/2002 y el art. 5, inc. a –ap. I- de la resolución 638/2002 del Ministerio de Economía.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

A fs. 87/90, la Sala "D" del Tribunal Fiscal de la Nación revocó la resolución (DV RRII) 241/2010, mediante la cual la AFIP había determinado de oficio el impuesto a las ganancias de Abelardo Montero, correspondiente al ejercicio 2003, con sus accesorios. El Fisco consideró que se había omitido el ingreso del gravamen por los conceptos de "intereses" y "diferencia de cambio" en razón de sumas percibidas cuyo origen era el cobro de una deuda de $300.000 por honorarios profesionales regulados judicialmente, que fueron primero consolidados en los términos de la ley 25.344, optando el actor por recibir bonos expresados en dólares estadounidenses, posteriormente transformados a pesos, a razón de US$l igual a $1,40, más la actualización por el coeficiente de estabilización de referencia (CER).

Indicó el citado tribunal que la discrepancia con el Fisco surgía a raíz de habérsele acreditado, en el ejercicio 2003, 467.303 Bonos de Consolidación en Pesos 4ta. Serie 2% (Especie PR 12), emitidos el 3/2/2003, mediante resolución 638/02 del Ministerio de Economía, con motivo de la "pesificación" de la deuda del Estado Nacional, originalmente consolidada en dólares estadounidenses, en los términos de las leyes 25.561, 25.565 Y decretos 471/02 y 1873/02.

Destacó que el actor imputó $300.000 como renta de cuarta categoría -y que obló el gravamen por ellos-, mientras que por $120.000 -diferencia de cambio- y $47.303 –intereses resarcitorios- los consideró exentos. Agregó que los bonos fueron valuados según la cotización del

día 7/3/2003, a $30,50 cada 100, fecha en la que fue notificado de la acreditación de esos bonos.

Por otra parte, señaló que la Caja de Valores S.A. informó que el 24/9/2003 el apelante había recibido la transferencia de dichos títulos, por orden del juzgado interviniente, los que fueron depositados el 3/10/2003 en la cuenta comitente 1953 del Banco de Galicia y Buenos Aires, siendo la cotización en esa fecha de $68,50 cada 100, momento en que el Fisco considera que se realizó la percepción.

Adujo que para dirimir la controversia, hay que tener presente que el art. 20, inc. k), de la ley 20.628 (t. o. en 1997 y sus modificaciones) establece una exención para ciertos títulos emitidos por entidades oficiales, y que el art. 36 bis de la ley 23.576 -agregado por la ley 23.962- dispone igual beneficio para las denominadas "obligaciones negociables" emitidas en los términos de esa normativa. Y que la ley 23.982, art. 24, previó expresamente que los bonos de consolidación tendrían el tratamiento impositivo asignado en el art. 36 bis de la ley 23.962.

Por tal razón, consideró que tanto los intereses como las diferencias de cambio -motivos del ajuste- se encontraban exentos del gravamen, al ser claramente intereses, actualizaciones o ajustes de capital, es decir rubros que no representan el capital original. Añadió que esta solución no se ve torcida por lo dispuesto en el arto 8° del decreto reglamentario de la ley del impuesto, toda vez que aunque tales conceptos se reputen como "ganancia indirecta" de esos bonos, siguen gozando de una exención específica a su respecto.

-II-

A fs. 155/159, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó lo decidido en la instancia anterior en cuanto al fondo del asunto debatido, pero lo revocó en cuanto a las costas, las que fueron cargadas a la demandada.

Estimó que la decisión del tribunal administrativo no luce como arbitraria, ni se advierte una violación manifiesta de las formas legales en el procedimiento seguido ante él sino una mera ·discrepancia con el resultado al que se arribó.

Pese a advertir que la expresión de agravios del Fisco no cumplió con la carga procesal del art. 265 CPCCN, en tanto no contiene una crítica concreta y razonada de la sentencia recurrida, señaló que el art. 24 de la ley 23.982, aplicable en virtud de la remisión realizada por su similar 25.344, determinó que los bonos de consolidación tendrían el tratamiento impositivo previsto para las obligaciones negociables

de la ley 23.576, motivo por el cual los rubros aquí debatidos quedan alcanzados por la franquicia indicada.

-III-

La AFIP interpuso el recurso extraordinario obrante a fs. 163/180.

Sostuvo que la cámara realizó una errónea interpretación de las normas federales que regulan el caso, en especial del art. 8 o del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias, en cuanto aclara que los beneficios a que se refiere el apartado 1) del arto 2 0 de la ley comprenden también los que sean una consecuencia indirecta de la actividad generadora de la renta.

Asimismo, tachó de arbitraria la decisión, ya que no reparó en distinguir las distintas fechas en que los bonos fueron puestos a disposición de la actora, realizando un análisis simplista del punto. En particular, adujo que el *a quo* confundió los intereses de los bonos de consolidación con los intereses y las diferencias de cambio resultante de la conversión a pesos de la acreencia de la actora, quien optó por recibir bonos en dólares en su oportunidad.

A fs. 186/186 vta. el recurso fue parcialmente concedido, rechazándoselo en cuanto a la arbitrariedad endilgada a la sentencia, lo que originó la presentación directa del expediente CAF 23444/2015/1/RH1 que corre por cuerda y que, por motivos de economía procesal, será objeto de tratamiento en este dictamen.

-IV-

A mi modo de ver, el recurso federal es formalmente procedente, dado que se ha cuestionado la inteligencia de normas federales –art. 36 bis de la ley 23.576, arts. 1°, 2°, 18, 20, incs. k) y v), 79 y cc. de la ley del impuesto a las ganancias y la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en aquélla (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Además, 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 declaración sobre el punto disputado (art. 16, ley 48), según la inteligencia que rectamente les otorgue (arg. Fallos: 307:1457; 320:1915, entre otros).

-V-

Así las cosas, adelanto que, en mi opinión, la sentencia apelada debe confirmarse.

En efecto, es claro que la deuda de la actora, generada por su actuación forense, y que proviene de una regulación de honorarios del ejercicio 1999, quedó alcanzada por la consolidación de deudas dispuesta por el art. 13 de la ley 25.344. Y también lo es que ésta remite a lo dispuesto por la ley 23.982, cuyo arto 24, a su turno, dispuso que *"Los Bonos* de *Consolidación* y *Bonos* de *Consolidación* de *Deudas Previsionales tendrán el tratamiento impositivo previsto en* el *artículo* 36 *bis* de *la Ley* N° 23.962, *modificatoria del régimen* de *obligaciones negociables creado por la Ley N° 23.576"*.

A su vez, este último precepto ordena el tratamiento impositivo a brindar a las obligaciones negociables y, en lo que ahora interesa, establece que *"(...) 4. Quedan exentos del impuesto a las ganancias los intereses, ajustes* de *capital (...)"*.

Por ende estimo -al igual que lo hicieron las instancias anteriores- que es claro el tratamiento impositivo a brindar tanto a los bonos como a sus accesorios, sean éstos intereses, actualizaciones o ajustes de capital. En consecuencia, quedan abarcados por esta franquicia los rubros cuestionados por la demandada, que claramente son accesorios de ese capital, más precisamente intereses y el componente derivado de la misma reexpresión en moneda nacional más el CER.

Es inveterada doctrina de V. E. 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 dichas pautas hermenéuticas, me parece evidente que el arto 36 bis de la ley 23.576 abarca dentro del beneficio fiscal que instaura, sin duda alguna, a los conceptos aquí disputados.

Entiendo que no altera lo aquí sostenido el argumento del Fisco basado en distinguir entre "los intereses de los Bonos de Consolidación" y "los intereses y diferencias de cambio resultante de la conversión a pesos de la acreencia solicitada en dólares estadounidenses" (ver fs. 174 vta.), ya que tal diferencia no surge del texto de la norma que contiene la franquicia ni permite abrir una presunta brecha en ella.

Resulta aquí de aplicación la doctrina de V. E. que postula que no corresponde a los jueces introducir distinciones cuando el precepto no

lo hace pues, según el conocido adagio, *ubí lex non dístínguít, nec nos dístínguere debemus* (Fallos: 304:226, voto del juez Gabrielli; 331:2453, 339:713; y sentencia en la causa S.268, L.XLVII, "Suárez, Julio Everto c/ M. J. Y DDHH – art. 60 ley 24.411 - resol. 1305/07 - ex. 142.195/04", del 7/7/2012, entre otros).

Por último, y a todo evento, no es ocioso señalar que el beneficio fiscal que rige el caso no se ve alterado por lo que dispone el art. 98 de la ley 20.628, debido a que este último precepto afecta a "los contribuyentes a que se refieren los incisos a), b) y c) del artículo 49", siendo la actora una persona física no alcanzada por esta norma.

-VI-

En virtud de lo expuesto, considero que debe estimarse formalmente admisible el recurso extraordinario y confirmarse la sentencia apelada. Buenos Aires, .19 de abril de 2017. *Laura M. Monti*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 25 de febrero de 2021.

Vistos los autos: "Montero, Abelardo c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo".

Considerando:

1º) Que la AFIP-DGI determinó de oficio el impuesto a las ganancias del período fiscal 2003 a cargo del señor Abelardo Montero, liquidó intereses y le aplicó una multa equivalente al 70% del importe del gravamen presuntamente omitido con sustento en el art. 45 de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y modificaciones). Para así proceder el Fisco Nacional impugnó la declaración jurada del contribuyente por considerar que había imputado como renta gravada solo una parte de los bonos de consolidación percibidos por aquel en pago de los honorarios regulados por su actuación como perito contador en juicio. Asimismo impugnó el valor de cotización respectivo por considerar que correspondía consignar uno mayor al tenido en cuenta por el señor Montero.

2º) Que de las constancias del expediente surge que esta Corte reguló el 30 de junio de 1999 en la causa CSJ 297/1998 (34-A)/CS1 "Astilleros Ortholan S.R.L. -incidente II- c/ Estado Nacional (Mrio. de Obras y Servicios Públicos) s/ contrato obra pública" los honorarios del señor Abelardo Montero en la suma de $ 300.000 por su intervención como perito contador en el expediente principal, y que el pago de la referida deuda por parte del Estado Nacional no se hizo efectivo mediante el pertinente procedimiento de previsión presupuestaria solicitado por el contribuyente para el año 2001 porque, ínterin, la deuda resultó consolidada en los términos de la ley 25.344 –B.O. 21 de noviembre de 2000- y su reglamentación por ser anterior al 1º de enero de 2000. De acuerdo con las alternativas previstas en ese régimen normativo Montero optó por recibir el pago de su acreencia en bonos de consolidación en dólares estadounidenses por un valor nominal de U$S 300.000 a la paridad U$S 1 = $ 1, con fecha de emisión 1º de enero de 2000 (art. 24 del decreto 1116/2000). Mientras se hallaba pendiente la entrega de los referidos títulos el Estado Nacional declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (art. 1º de la ley 25.561), y posteriormente dio por cancelada la opción de los acreedores a recibir bonos de consolidación en dólares estadounidenses, ordenando que las obligaciones que originalmente hubiesen sido pactadas en esa moneda, y los formularios de requerimiento de pago ingresados a la Oficina Nacional de Crédito Público dependiente de la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía e Infraestructura que no hubiesen sido cancelados a la fecha de promulgación de la ley nacional de presupuesto para el ejercicio 2002 serían convertidos a moneda nacional en las condiciones que determinase la reglamentación (art. 10 de la ley 25.565). En consecuencia la deuda consolidada de U$S 300.000 quedó pesificada en la cantidad de $ 420.000 al tipo de cambio U$S 1 = $ 1,40 y dicho monto fue cancelado mediante la entrega de Bonos de Consolidación en Moneda Nacional Cuarta Serie 2% con fecha de emisión 3 de febrero de 2002 (confr. art. 1º del decreto 471/2002, arts. 1º -inc. b-, 2º y 7º del decreto 1873/2002 y arts. 1º -inc. a- y 3º -inc. b- de la resolución 638/2002 del Ministerio de Economía). También se cancelaron los intereses, calculados a la tasa LIBO sobre el monto de la deuda originalmente consolidada en dólares, devengados entre ambas fechas de emisión de los bonos mencionados -1º de enero de 2000 y 2 de febrero de 2002-, por lo que dicha suma, pesificada a la relación U$S 1 = $ 1,40, arrojó un monto de $ 47.303, que también fue cancelado mediante la entrega de Bonos de Consolidación en Moneda Nacional Cuarta Serie 2% (confr. art. 5º,

punto I de la resolución del Ministerio de Economía 638/2002). De manera tal que la deuda total reconocida al contribuyente ascendió a la suma de $ 467.303 que fue abonada por el Estado Nacional mediante depósito a nombre del señor Montero de 467.303 Bonos de Consolidación en Moneda Nacional Cuarta Serie 2% por valor nominal $ 467.303 (confr. act. adm., Anexo IV al expte.: 1-253246-08, solapa interna actuación no. 10056-2733-2005, fs. 143 y 155/156).

3º) Que en sede administrativa el contribuyente argumentó que de los 467.303 bonos recibidos imputó en su declaración jurada como rentas de la cuarta categoría del art. 79, inc. f de la ley del impuesto a las ganancias la cantidad de 300.000 bonos valuados en $ 91.500 -a la razón de $ 30,50 por cada 100 unidades según la cotización del 7 de marzo de 2003 en que adujo haber tomado conocimiento de la acreditación de los referidos títulos en cuenta, y en consecuencia, de su incorporación al patrimonio- que atribuyó exclusivamente al pago de honorarios por su labor judicial como perito. Asimismo, explicó que declaró como renta exenta 120.000 bonos que atribuyó al pago de las diferencias de cambio originadas en la pesificación de la deuda original y que valuó en $ 36.600 según la cotización antes indicada. Al respecto alegó que no correspondía computar dichas diferencias de cambio como accesorias de los honorarios porque las normas de consolidación habían dispuesto la novación de la deuda original y tales conceptos debían ser tratados como rentas derivadas de títulos públicos, exentas por aplicación del art. 36 bis de la ley 23.576 de obligaciones negociables y del art. 20, inc. v de la ley de impuesto a las ganancias. Finalmente, adujo que había imputado como renta no gravada los restantes 47.303 bonos representativos del pago de los intereses devengados entre la fecha de corte de la deuda original y la fecha de emisión de los títulos definitivos, concepto que valuó en $ 14.427,42 según la cotización mencionada, por entender que dichos accesorios tampoco tenían ninguna relación con su trabajo profesional. Sobre el punto agregó que las diferencias de cambio y los intereses se encuentran fuera del objeto del impuesto a las ganancias en tanto la actividad desarrollada por el contribuyente no tiene la potencialidad de generar tales conceptos pues no obedecen a ninguna circunstancia que se relacione con aquella sino con un acto estatal que pretende la salida de una situación de emergencia mediante un modo anormal de cancelación de deudas. En el mismo sentido aseveró que tales conceptos no se encuentran gravados por la ley del impuesto al no encontrarse expresamente previstos dentro de las ganancias de la segunda categoría.

4º) Que al fundar la determinación de oficio el Fisco Nacional consideró que el contribuyente declaró equívocamente como renta exenta los 120.000 bonos atribuidos al pago de diferencias de cambio, y que por el contrario, dichas ganancias se encontraban gravadas hasta el momento de su imputación al balance fiscal según lo establece el art. 20 –inc. v- de la ley del impuesto a las ganancias. Asimismo afirmó que los 47.303 bonos entregados en pago de los intereses devengados entre las fechas de emisión de ambos títulos también debían tributar el impuesto, pues representaban el resarcimiento por la mora en el cumplimiento de la obligación principal a cargo del deudor, y en consecuencia, constituían ganancias indirectas alcanzadas en virtud de lo dispuesto en los arts. 1º, 2º y 45 –inc. a- de la citada ley y del art. 8º -1º párr.- de su decreto reglamentario. Finalmente observó que los 467.303 bonos percibidos por el señor Montero debían valuarse según la cotización vigente al 3 de octubre de 2003 –consistente en $ 68,50 por cada 100 bonos- en lugar del valor tomado por aquel, cálculo que determinaba un total de renta gravada de $ 320.102,55. En sustento de lo expuesto señaló que el contribuyente había percibido los bonos el 3 de octubre de 2003 en los términos del art. 18 de la ley de impuesto a las ganancias, fecha en que los títulos habían sido puestos a su disposición por parte del Estado Nacional mediante depósito en la cuenta comitente del Banco de Galicia abierta a su nombre a través de la Caja de Valores S.A. Contra el citado acto administrativo la actora interpuso el recurso de apelación y revisión limitada ante el Tribunal Fiscal de la Nación (fs. 29/45).

5º) Que el Tribunal Fiscal de la Nación hizo lugar al recurso de apelación planteado por la actora, y en consecuencia, revocó la resolución determinativa de oficio, aunque distribuyó las costas por su orden en atención a la complejidad de la situación examinada (conf. fs. 87/90, en especial cons. V, fs. 89 vta./90). Para así decidir el organismo jurisdiccional consideró, con cita de la sentencia dictada el 21 de marzo de 2013 por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en la causa “Krapivka, Héctor Abraham (TF 30.792-I) c/ DGI”, que los intereses y diferencias de cambio generados por los bonos de consolidación se encuentran exentos del impuesto a las ganancias en atención a la remisión que el art. 24 de la ley 23.982 hace a la ley 23.576 y que complementa al art. 20 inc. k de la ley del referido impuesto. Sobre el punto destacó que la ley 23.576 era clara al eximir del gravamen a los intereses, actualizaciones y ajustes de capital y que todo aquello que no representase al capital original

no era otra cosa que una actualización, un ajuste de capital o un interés de la obligación materializada en el bono. Asimismo, señaló que no se encontraba controvertido que los honorarios regulados a Montero por su actuación como perito habían sido regulados originalmente en $ 300.000 y que al devengar los intereses y las actualizaciones pertinentes cobró los bonos por un valor nominal de $ 467.303. Finalmente, descartó que los intereses devengados entre la emisión de un título y el otro se encontrasen gravados en razón del art. 8º del decreto reglamentario de la ley del impuesto -en cuanto incluye dentro de las ganancias contempladas por el art. 2º de la ley a aquellas "que se obtienen como una consecuencia indirecta del ejercicio de actividades que generen rentas que encuadren en la definición de dicho apartado, siempre que estén expresamente tratadas en la ley o en este reglamento"- con fundamento en que dicha circunstancia no impedía "la configuración de una exención tributaria específica para los intereses, actualizaciones y ajustes de capital de los títulos públicos" de acuerdo con lo establecido en los arts. 20 -inc. k- de la ley de impuesto a las ganancias, 24 de la ley 23.982, y 36 y 36 bis de la ley 23.576. El pronunciamiento reseñado fue apelado por la actora en lo relativo a la distribución de las costas, y por la AFIP en lo referente al fondo de la cuestión.

6º) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal desestimó el recurso de apelación interpuesto por el organismo recaudador e hizo lugar al deducido por la actora, por lo que confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación en cuanto al fondo del asunto, y la revocó en lo atinente a las costas, que impuso a la demandada, en ambas instancias (fs. 155/159). Para así decidir, señaló, en síntesis, que el recurso interpuesto por la AFIP-DGI no constituía una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada en los términos del art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En particular, señaló que la representación fiscal no había logrado refutar el principal argumento tenido en cuenta por el Tribunal Fiscal al resolver, consistente en señalar que según el citado precedente "Krapivka" tanto "los intereses como las ganancias, actualizaciones y ajustes de capital, incluidas las diferencias de tipo de cambio, generadas por los Bonos de Consolidación se encuentran exentos en el Impuesto a las Ganancias, en atención a la remisión expresada en el art. 24 de la ley 23.982 –Consolidación de Deudas en el Estado Nacional-, a la ley 23.576 –Régimen de Obligaciones Negociables-, con la modificación de la ley 23.962, a cuyo art. 36 bis remite la ley de Consolidación de Deudas, que complementó el art. 20, inc. k de

la Ley del Impuesto a las Ganancias". A ello agregó que "los argumentos utilizados por el Fisco Nacional, sustentados en disposiciones, reglamentaciones y criterios extraídos de una ley formal general –ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias-, devienen improcedentes frente a la existencia de otra norma de idéntica jerarquía que resulta posterior en el tiempo y de mayor especificidad –ley 23.982, de Consolidación de Pasivos Públicos-" (confr. cons. IX, fs. 158).

7º) Que contra esa sentencia la Administración Federal de Ingresos Públicos interpuso recurso extraordinario (fs. 163/180). El a quo concedió el referido recurso del art. 14 de la ley 48 en lo relativo a la interpretación de normas de carácter federal y lo denegó por la causal de arbitrariedad (confr. resolución de fs. 186/186 vta.), circunstancia que motivó la interposición de la queja que tramita en el expediente CAF 23444/2015/1/RH1. Ambos recursos serán resueltos conjuntamente por razones de economía procesal.

8º) Que el recurso planteado es formalmente admisible ya que en autos se encuentra en disputa la inteligencia de normas de carácter federal, y la sentencia definitiva 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). También se han invocado causales de arbitrariedad que son inescindibles de los temas federales en discusión y deben ser tratadas conjuntamente (Fallos: 323:1625, entre muchos otros).

9º) Que la primera cuestión a resolver consiste en establecer si los intereses y las diferencias de cambio originados en la postergación del pago y en la pesificación de la deuda por honorarios que fueron cancelados mediante entrega al contribuyente de Bonos de Consolidación en Moneda Nacional Cuarta Serie 2% según el art. 5º, punto I de la resolución del Ministerio de Economía 638/2002, se encuentran exentos del impuesto a las ganancias por aplicación del art. 36 bis de la ley 23.576, según la modificación dispuesta por la ley 23.962, o bien se hallan gravados por el impuesto. A tal fin, y toda vez que la norma citada establece que los títulos públicos tendrán igual tratamiento impositivo que el allí previsto para las obligaciones negociables corresponde determinar en primer término el alcance del punto 4 del primer párrafo del art. 36 bis de la ley –entonces vigente respecto del período fiscal examinado en autos, pues resultó derogado a partir del 30 de diciembre de 2017 por la ley 27.430- en cuanto señala que "[q]uedan exentos del impuesto a las ganancias los intereses, actualizaciones y

ajustes de capital". En particular, debe dilucidarse si la exención se refiere a los intereses, actualizaciones y ajustes de capital que reconozcan los títulos que instrumentan las obligaciones negociables, o si eventualmente, además, comprenden los intereses, actualizaciones y ajustes de capital que integren la deuda objeto de cancelación mediante aplicación de los fondos obtenidos con la emisión de las obligaciones negociables. Para ello debe examinarse el marco legal de estas últimas y luego precisar el modo en que la exención se aplica respecto de los títulos públicos.

10) Que cabe recordar que en la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas federales, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de la cámara ni del recurrente, sino que le corresponde realizar una declaratoria sobre el punto disputado (art. 16 de la ley 48), según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 307:1457; 317:779, entre otros).

11) Que en lo que resulta de interés para la solución de la causa cabe señalar que el régimen previsto por la ley 23.576, según la modificación dispuesta por la ley 23.962, autoriza a las sociedades allí contempladas a contraer empréstitos mediante la emisión de obligaciones negociables (art. 1º). Dichas obligaciones pueden emitirse con garantía flotante, especial o común (art. 3º), con cláusula de reajuste de capital -conforme a pautas objetivas de estabilización en tanto sean compatibles con lo prescripto en la ley 23.928- y otorgar un interés fijo o variable (art. 4º). Los títulos por los que se instrumenten aquellas deben indicar -entre otros datos- el monto del empréstito y la moneda en que el mismo se emite, las condiciones de amortización, la fórmula de actualización del capital, en su caso, y el tipo y época de pago del interés (art. 7º -incs. c, f, g-); y otorgan acción ejecutiva a sus tenedores para reclamar el capital, las actualizaciones, los intereses, y las garantías otorgadas (art. 29). El aviso a publicar en el Boletín Oficial para ser inscripto en el Registro Público debe contener los mismos datos reseñados precedentemente que para los títulos (art. 10 –incs. e, h, i-).

En lo atinente al régimen fiscal las modificaciones introducidas por la ley 23.962 procuraron incentivar la utilización de las obligaciones negociables mediante la disminución de su carga tributaria y así ampliar el mercado de capitales (ver fundamentos del proyecto de ley que integró el dictamen de mayoría, Cámara de Diputados de la Nación, 6ª

reunión – 2ª sesión ordinaria - 22 de mayo de 1991, págs. 431 y 432). En tal sentido, el primer párrafo del art. 35 establece que:

"Están exentos del impuesto de sellos los actos, contratos y operaciones, incluyendo entregas o recepciones de dinero, relacionados a la emisión, suscripción, colocación y transferencia de las obligaciones negociables a las que se refiere la presente ley. Esta exención alcanza además a todo tipo de garantías personales o reales, constituidas a favor de los inversores o de terceros que garanticen la emisión, sean anteriores, simultáneos o posteriores a la misma."

Por su parte, el art. 36 dispone que las obligaciones negociables que cumplan ciertos requisitos -a saber: a) que su emisión se realice mediante colocación por oferta pública; b) la sociedad emisora garantice la aplicación de los fondos obtenidos para el cumplimiento de los fines individualizados en la ley -inversiones en activos físicos situados en el país, integración de capital de trabajo en el país o refinanciación de pasivos, o integración de aportes de capital en sociedades controladas o vinculadas a la sociedad emisora cuyo producido se aplique exclusivamente a los destinos antes especificados-; y c) que las obligaciones negociables resulten amortizadas dentro de los plazos y de acuerdo con los porcentajes allí previstos- gozarán del tratamiento tributario establecido en el art. 36 bis, que en su primer y segundo párrafos, dispone:

"1. Quedan exentas del impuesto al valor agregado, las operaciones financieras y prestaciones relativas a la emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelaciones de las obligaciones negociables y sus garantías.

2. La transferencia de obligaciones negociables creadas por la presente ley quedará exenta del impuesto sobre la transferencia de títulos valores, siempre que la misma se efectúe en los mercados abierto y/o bursátil.

3. Los resultados provenientes de la compra-venta, cambio, permuta, conversión y disposición de obligaciones negociables quedan exentas del impuesto a las ganancias. Si se tratara de beneficiarios del exterior comprendidos en su título V, no regirá lo dispuesto en el artículo 21 de la misma ley, y en el artículo 104 de la ley 11.683 (texto ordenado en 1978).

4. **Quedan exentos del impuesto a las ganancias los intereses, actualizaciones y ajustes de capital**. Si se tratara de beneficiarios del exterior comprendidos en su título V, no regirá lo dispuesto en el artículo 21 de la misma ley, y en el artículo 104 de la ley 11.683 (texto ordenado en 1978)" (el énfasis es del Tribunal).

"Igual tratamiento impositivo se aplicará a los títulos públicos" [omissis].

Por último, el primer párrafo del art. 37 señala:

"La entidad emisora podrá deducir en el impuesto a las ganancias en cada ejercicio la totalidad de intereses y actualizaciones devengados por la obtención de los fondos provenientes de la colocación de las obligaciones negociables que cuenten con autorización de la Comisión Nacional de Valores para su oferta pública. Asimismo serán deducibles los gastos y descuentos de emisión y colocación."

12) Que, según reiterada jurisprudencia de esta Corte, las normas que consagran exenciones impositivas deben interpretarse en forma tal que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación (Fallos: 322:2624, entre otros). Y, con igual insistencia, ha dicho este Tribunal que las exenciones tributarias deben resultar de la letra de la ley, de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicación de las normas que las establezcan, y fuera de esos casos corresponde la interpretación estricta de las cláusulas respectivas, por lo que, en caso de duda, deben ser resueltas en forma adversa a quien invoca el beneficio fiscal (Fallos: 319:1855 y 320:1915, entre muchos otros).

13) Que, de acuerdo con los principios expuestos, y en virtud de la mentada razonable y discreta interpretación de la norma cuestionada, la exención del impuesto a las ganancias contenida en el punto 4 del primer párrafo del art. 36 bis se encuentra referida a "los intereses, actualizaciones y ajustes de capital" devengados por las obligaciones negociables con motivo de la obtención en préstamo de los fondos provenientes de su colocación en el mercado que se encuentren plasmados en los títulos que las instrumentan. En efecto, según surge de la reseña efectuada en el considerando 11, las disposiciones que preceden a dicha norma aluden a la posibilidad de que las obligaciones negociables a emitir contengan "cláusula de reajuste de capital" y que puedan

"otorgar un interés fijo o variable" (art. 4º, 1º párrafo-), elementos que deben constar en los títulos que las instrumenten y en el aviso a publicar en el Boletín Oficial (art. 7º -inc. g- y art. 10 –inc. i-). Por otra parte, resulta pertinente destacar que las restantes disposiciones del régimen legal que –respecto del período examinado en autos- contemplan exenciones en otros impuestos tales como sellos, IVA y sobre la transferencia de títulos valores se encuentran dirigidas a desgravar toda clase de actos, negocios jurídicos o prestaciones relativas a la emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelaciones de las obligaciones negociables y sus garantías (arts. 35 y 36 bis –ptos. 1 y 2-), mientras que la otra exención que se contempla en el impuesto a las ganancias recae sobre los resultados provenientes de la compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición de obligaciones negociables (art. 36 bis -pto. 3-), a la par que se contempla la posibilidad de que la emisora deduzca en el referido tributo en cada ejercicio la totalidad de los intereses y actualizaciones devengados por la obtención de los fondos provenientes de la colocación de las obligaciones negociables que cuenten con autorización de la Comisión Nacional de Valores para su oferta pública (art. 37, 1º párrafo).

Esta interpretación resulta corroborada por los comentarios que surgen del debate del proyecto de la ley 23.962 en la Cámara de Senadores de la Nación. Sobre el punto cabe mencionar que el senador Romero luego de observar que "[a] diferencia de las acciones, las obligaciones negociables no están ligadas a la ganancia de la sociedad, al cobro de dividendos, sino que dan origen a una tasa fija o flotante de interés que paga la empresa deudora o tomadora del crédito" destacó que entre los aspectos impositivos del proyecto original que habían sido flexibilizados o modificados en la Cámara de Diputados –y cuya aprobación propiciaba a fin de contar con una norma perfeccionada- se encontraba "una exención al impuesto a las ganancias por los resultados provenientes de la compraventa, cambio o permuta de las obligaciones negociables" como así también "**una exención en el impuesto a las ganancias para los intereses, actualizaciones y ajustes que estos tengan**" (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 15ª reunión -8ª sesión ordinaria– 4 de julio de 1991, págs. 1196 y 1197, el énfasis es del Tribunal). Posteriormente el senador Trilla señaló que el proyecto en estudio recibía el apoyo en general de su bancada y aludió a las "**exenciones impositivas de que gozarán las obligaciones negociables** a los efectos de otorgarles agilidad financiera" que se consagran en el art. 36 bis y que "se refieren al impuesto

al valor agregado, a la transferencia de títulos-valores y a las ganancias" (ídem, págs. 1197 y 1198, el énfasis es del Tribunal).

Consecuentemente, en atención a que el segundo párrafo del art. 36 bis señala que "igual tratamiento impositivo se aplicará a los títulos públicos" corresponde concluir que la norma reseñada se encuentra dirigida a eximir del impuesto a las ganancias "los intereses, actualizaciones y ajustes de capital" devengados y plasmados en los títulos públicos respectivos.

14) Que los Bonos de Consolidación en Moneda Nacional Cuarta Serie 2% que fueron entregados al contribuyente en cumplimiento de la resolución 638/2002 del Ministerio de Economía reunían las condiciones financieras que se detallan a continuación. Fueron emitidos el 3 de febrero de 2002, con un plazo de trece (13) años y once (11) meses y fecha de vencimiento prevista para el 3 de enero de 2016 (art. 1º, inc. a, apartados I, II y III). Establecían una amortización en ciento veinte (120) cuotas mensuales y sucesivas, equivalentes las ciento diecinueve (119) primeras al ochenta y cuatro centésimos por ciento (0,84%) y una (1) última equivalente a cuatro centésimos por ciento (0,04%) del monto emitido más los intereses capitalizados hasta el 3 de enero de 2006 y ajustado por el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER). El vencimiento de la primera cuota se fijó para el 3 de febrero de 2006 (ídem, apartado IV). Se contempló que el saldo de capital de los bonos sería ajustado según el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) establecido en el art. 4º del decreto 2014/2002 a partir de la fecha de emisión (ídem, apartado V). Y se estableció que los intereses se devengarían sobre saldos ajustados a partir de la fecha de emisión, a la tasa del dos por ciento (2%) anual, capitalizándose mensualmente hasta el 3 de enero de 2006. Se previó el vencimiento de la primera cuota para el 3 de febrero de 2006 (ídem, apartado VI).

15) Que ello expresado corresponde señalar que, contrariamente a lo afirmado en la sentencia del Tribunal Fiscal que confirmó la cámara, resulta evidente que los intereses pagados al señor Montero mediante entrega de 47.303 Bonos de Consolidación en Moneda Nacional Cuarta Serie 2% no fueron generados ni contemplados por estos últimos, como tampoco por los bonos de consolidación en dólares estadounidenses cuya entrega fue cancelada por el art. 10 de la ley 25.565. Por el contrario, los referidos intereses tienen fundamento en la postergación del pago de las deudas originalmente consolidadas en

dólares estadounidenses bajo la citada ley 25.344 y el decreto 1116/2000 como consecuencia de la anulación de la referida opción de pago por parte del Estado Nacional, su posterior pesificación y cancelación definitiva mediante la entrega de los nuevos bonos en pesos aquí examinados según lo establecido por las leyes 25.561 y 25.565, los decretos 214/2002, 471/2002 y 1873/2002 y la resolución 638/2002 del Ministerio de Economía. Es por ello que su cómputo se extiende desde la fecha originalmente prevista para la emisión de los primeros hasta la fecha de emisión de los segundos y componen el monto a cancelar mediante la entrega de estos últimos (confr. art. 5°, primer párrafo, y apartado I, de la resolución 638/2002 del Ministerio de Economía). Por las razones expuestas, los intereses aquí examinados no integran las condiciones financieras de título público alguno, y en consecuencia, no se encuentran comprendidos en la exención prevista en el punto 4 del art. 36 bis de la ley 23.576, según la modificación dispuesta por la ley 23.962.

16) Que, en virtud de lo expresado, corresponde hacer lugar a los agravios de la representación fiscal en cuanto afirma que los 47.303 bonos entregados en pago de los intereses devengados entre las fechas de emisión de ambos títulos se encuentran alcanzados por el impuesto a las ganancias por representar el resarcimiento por la mora en el cumplimiento de la obligación principal a cargo del deudor y constituir ganancias indirectas gravadas en virtud de lo dispuesto en los arts. 1º, 2º y 45 –inc. a- de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1997 y sus modif.) y del art. 8º -1º párrafo- de su decreto reglamentario.

17) Que también asiste razón al Fisco Nacional en lo atinente a que las diferencias de cambio abonadas al señor Montero mediante la entrega de 120.000 Bonos de Consolidación en Moneda Nacional Cuarta Serie 2% no se hallan exentas del impuesto a las ganancias, pues, aun cuando por vía de hipótesis se considere que tales conceptos configuran "un ajuste de capital" en los términos del punto 4 del primer párrafo del art. 36 bis de la ley 23.576, lo cierto es que la actora no ha acreditado –según la razonable y discreta interpretación de la norma efectuada en el considerando 13- que las diferencias de cambio hayan sido creadas y se encuentren documentadas en los títulos que instrumentaron los bonos de consolidación a los que se ha hecho referencia anteriormente, al margen de que los expresados en dólares estadounidenses nunca fueron entregados. Por el contrario, las mentadas diferencias de cambio tienen origen en la pesificación de la deuda originalmente consolidada en dólares estadounidenses según lo establecido

por el art. 10 de la ley 25.565, el art. 1º del decreto 1873/2002 y el art. 5º, inc. a –ap. I- de la resolución 638/2002 del Ministerio de Economía. En atención a lo expuesto y en concordancia con lo alegado por la representación fiscal tales ganancias se encuentran gravadas hasta el momento de su imputación al balance fiscal según lo establece el art. 20 –inc. v- de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1997 y sus modif.).

18) Que, finalmente, se aprecia que el Tribunal Fiscal al revocar la resolución determinativa de oficio apelada, como también la cámara al confirmar esa decisión, omitieron considerar y pronunciarse sobre el segundo aspecto del ajuste efectuado por la AFIP, en lo referente a la valuación de los bonos según la cotización vigente al 3 de octubre de 2003 –equivalente a $ 68,50 por cada 100 bonos-, y no según la cotización vigente al 7 de marzo de 2003 -equivalente a $ 30,50 por cada 100 bonos- como pretende la actora. Cabe hacer notar que este es un aspecto de la determinación que aparece claramente mencionado en el acto administrativo apelado a fs. 5 y 6 -7º párrafo- y que ante la omisión de su tratamiento por el Tribunal Fiscal fue objeto de agravios por parte de la representación fiscal al apelar la sentencia del mencionado organismo jurisdiccional ante la cámara (fs. 118 *in fine* y 118 vta. -1º párrafo-), agravios que fueron mantenidos en el escrito de interposición del recurso extraordinario federal ante esta Corte (fs. 176 vta. *in fine* y 177 -1º párrafo-) y en la queja deducida ante el Tribunal frente a la denegación parcial de aquel en lo atinente a la arbitrariedad alegada (confr. expediente CAF 23444/2015/1/RH1, especialmente fs. 38 vta. *in fine* y 39).

Por ello, y habiendo dictaminado 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 a las pautas establecidas en los considerandos 9 a 18. Reintégrese el depósito de fs. 41 bis. Notifíquese y remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Administración Federal de Ingresos Públicos (Dirección General Impositiva)**, representada por la **Dra. María Alejandra Repila**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Agostina Carla García.**

Traslado contestado por **Abelardo Montero,** representado por el **Dr. Juan Carlos Padín.**

Recurso de queja interpuesto por la **Administración Federal de Ingresos Públicos (Dirección General Impositiva)**, representada por la **Dra. María Alejandra Repila**, con el patrocinio letrado del **Dr. Ezequiel Silvio Katz.**

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.**

MOUKARZEL, MARÍA ALEJANDRA c/ PEN MECON MINISTERIO DE JUSTICIA s/ AMPARO LEY 16.986

RECURSO EXTRAORDINARIO

Habida cuenta de que, en caso de concluir el proceso por arribar las partes a un acuerdo en el marco del procedimiento aprobado por la resolución MHA 516/2019, devendría abstracta la consideración de los agravios formulados ante la Corte por el Estado Nacional, corresponde suspender el tratamiento del recurso extraordinario y devolver las actuaciones al tribunal a quo para que las partes puedan realizar las presentaciones que en su caso correspondan.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 25 de febrero de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, al revocar el pronunciamiento de la instancia anterior, declaró –de oficio y solo para este caso– la inconstitucionalidad de los artículos 41 y 42 de la ley 27.198 y de los artículos 41 y 42 de la ley 27.341, en cuanto ordenan que los pronunciamientos judiciales firmes, emitidos contra las disposiciones de la ley 25.561, del decreto 471/02, y de sus normas complementarias, recaídos sobre los títulos de la actora, se encuentran alcanzados por el diferimiento de pago de deuda pública del Gobierno Nacional (fs. 281/292 vta.).

2°) Que, contra tal decisión, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario (fs. 294/308 vta.), que fue concedido en lo atinente a la interpretación de la normativa federal en juego y denegado en lo referente a la arbitrariedad y gravedad institucional atribuidas a la sentencia (fs. 330/331 vta.).

3°) Que, encontrándose la causa a estudio del Tribunal, el entonces Ministerio de Hacienda dictó la resolución 516/2019 (BO 19/06/2019) –mediante la cual se aprobó el "Procedimiento para la Instrumentación de Acuerdos de Cancelación de Títulos Públicos Elegibles"–, a raíz de lo cual se dispuso la medida para mejor proveer obrante a fs. 341/341 vta.

En cumplimiento de lo allí requerido a las partes, por un lado, el Estado Nacional informó que los títulos objeto de esta acción "son Bonos de Consolidación PRO 4, que sí son Títulos Públicos Elegibles" (fs. 347/347 vta.); y, por el otro, la parte actora expresó su voluntad de aceptar la Oferta de Cancelación obrante en el informe efectuado por la Oficina Nacional de Crédito Público del Ministerio de Economía (fs. 357).

4°) Que habida cuenta de que, en caso de concluir el proceso por arribar las partes a un acuerdo en el marco del procedimiento aprobado por la mencionada resolución MHA 516/2019, devendría abstracta la consideración de los agravios formulados ante esta Corte por el Estado Nacional, corresponde suspender el tratamiento del recurso extraordinario y devolver las actuaciones al tribunal a quo para que las partes puedan realizar las presentaciones que en su caso correspondan.

Por ello, suspéndase el llamamiento de autos de fs. 333. Agréguese por Mesa de Entradas copia de la presente resolución a las actuaciones correspondientes a la queja que tramita por el expediente FCB 21130203/2002/1/RH1 "Moukarzel, María Alejandra c/ P.E.N. –MECON– Ministerio de Justicia s/ amparo ley 16.986". Cumplido, remítanse los autos al tribunal de origen a los fines indicados, con cargo de oportuna devolución a esta Corte. Notifíquese.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional, Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas,** representado por el **Dr. Carlos Daniel Lencinas.**

Traslado contestado por **la actora,** con el patrocinio letrado del **Dr. Pablo G. Montesi.**

Tribunal de origen: **Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal n° 2 de la ciudad de Córdoba.**

CERRON RUIZ, RINA Y OTROS S/ INFRACCIÓN ART. 145 BIS 1° PÁRRAFO (SUSTITUIDO CONF. ART. 25 LEY 26.842)

SENTENCIA CONDENATORIA

Ante el dictado de una sentencia condenatoria en sede casatoria, la garantía de la doble instancia que asiste al imputado debe ser salvaguardada directamente en dicho ámbito mediante la interposición de un recurso de casación que deberán resolver otros magistrados que integren ese tribunal, sin necesidad de que el imputado deba previamente recurrir a la Corte para obtener una decisión que ordene que tenga lugar dicha revisión.

SENTENCIA CONDENATORIA

Toda vez que el precedente "P., S. M. y otro" (Fallos: 342:2389) se precisó que el criterio jurisprudencial allí establecido no se aplicaría a las causas en que la sentencia condenatoria dictada por el tribunal casatorio hubiera sido notificada con anterioridad a su dictado, a los efectos de no contrariar el criterio explicitado, ni tampoco vulnerar los derechos de los recurrentes, corresponde remitir nuevamente las actuaciones a la instancia de origen, para que la defensa de la imputada pueda obtener la revisión del fallo condenatorio mediante la interposición del recurso correspondiente; habilitándose a tal efecto los plazos pertinentes a partir de la notificación de la radicación de los autos en el tribunal casatorio.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 25 de febrero de 2021.

Vistos los autos: "Cerron Ruiz, Rina y otros s/ infracción art. 145 bis 1° párrafo (sustituido conf. art. 25 ley 26.842)".

Considerando:

1°) Que en "P., S. M. y otro" (Fallos: 342:2389), se estableció que ante el dictado de una sentencia condenatoria en sede casatoria, la garantía de la doble instancia que asiste al imputado debe ser salvaguardada directamente en dicho ámbito mediante la interposición de un recurso de casación que deberán resolver otros magistrados que integren ese tribunal, sin necesidad de que el imputado deba previamente recurrir a esta Corte para obtener una decisión que ordene que tenga lugar dicha revisión.

2°) Que en atención a que en dicho precedente también se precisó que el criterio jurisprudencial allí establecido no se aplicaría a las causas en que la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal casatorio hubiera sido notificada con anterioridad a su dictado, a los efectos de no contrariar el criterio explicitado, ni tampoco vulnerar los derechos de los recurrentes, corresponde remitir nuevamente las actuaciones a la instancia de origen, para que la defensa de la imputada pueda obtener la revisión del fallo condenatorio mediante la interposición del recurso correspondiente; habilitándose a tal efecto los plazos pertinentes a partir de la notificación de la radicación de los autos en el tribunal casatorio.

Por ello, se declara improcedente el recurso extraordinario concedido a fs. 770/771. Notifíquese y, oportunamente, remítase al tribunal de origen conforme lo enunciado en el considerando 2°.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso extraordinario interpuesto por **Rina Ruiz Cerrón**, asistido por el **Dr. Carlos Orestes Cardozo.**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5 de San Martín –Unipersonal-.**

ASOCIACIÓN CIVIL INTER ARTIS ARGENTINA – SAGAI Y OTRO C/ I.G.J. 7480576/1880189 S/ RECURSO DIRECTO A CÁMARA

RECURSO EXTRAORDINARIO

No resulta óbice para el cumplimiento del recaudo dispuesto en el artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el hecho de que, con posterioridad, el a quo haya decidido rechazar in limine el recurso, pues el ordenamiento ritual no prevé ninguna excepción de ese tipo en estos casos, en tanto el traslado del recurso extraordinario tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige la garantía del debido proceso y planear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución del litigio y su sustanciación es, asimismo, condición necesaria de validez de todo pronunciamiento de la Corte Suprema sobre los planteos introducidos en el recurso.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso federal deducido resulta incorrectamente denegado si se denuncia la afectación de la garantía de defensa en juicio y del debido proceso (artículo 18 de la Constitución Nacional).

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Cabe considerar que se encuentra habilitada la intervención de la Corte cuando resulta necesario adecuar la actuación de la alzada ante un supuesto de transgresión a los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia.

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

ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS

Corresponde reconocer a los organismos de la administración pública la facultad de intervenir en las instancias judiciales de apelación en defensa de la legalidad de sus actos.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

La repartición cuya decisión fue impugnada, debe ser anoticiada tanto del pronunciamiento dictado en consecuencia, cuanto del recurso extraordinario interpuesto contra este último.

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

NULIDAD PROCESAL

Corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado si se patentizó una grave violación a la garantía constitucional del debido proceso y de defensa en juicio, contemplados en el artículo 18 de la Constitución Nacional, respecto del órgano emisor de la resolución – Inspección General de Justicia - que se cuestiona, que no ha podido expedirse respecto del recurso directo interpuesto, tal como era su derecho conforme a lo dispuesto por el artículo 17 de la ley 22.315.

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

NULIDAD PROCESAL

Corresponde declarar la nulidad de lo actuado si no se ha corrido el correspondiente traslado a la Inspección General de Justicia que exige el artículo 17 de la ley 22.315 que, al regular el procedimiento para recurrir las resoluciones de la IGJ, en lo pertinente dispone que las actuaciones se elevarán a la Cámara respectiva dentro de los 5 días de interpuesto el recurso, y ésta dará traslado por otros 5 días a la Inspección General de Justicia o al Ministerio de Justicia de la Nación, pues la ley no distingue respecto a si el órgano emisor del acto actúa o no de oficio.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó los planteos de nulidad interpuestos por la Inspección General de Justicia y por la Sociedad Argentina de Actores e Intérpretes Asociación Civil -SAGAI- que pretendían anular los efectos de la sentencia del 6 de julio de 2017 ya que en dicha sentencia se declaró la invalidez de la Resolución IGJ 239/2017 sin haberse corrido el traslado a la Inspección General de Justica previsto en el artículo 17 de la ley 22.315 (fs. 583 de los autos principales, que se citaran en lo sucesivo salvo aclaración en contrario).

Fundó su decisión en que el traslado previsto por el mencionado artículo 17 de la ley 22.315, que al regular el procedimiento del recurso directo previsto para la impugnación de las resoluciones de la IGJ prevé que la cámara debe dar traslado a dicho órgano por el plazo de 5 días, opera en el supuesto de que la IGJ actúe de oficio en ejercicio del poder de policía que le es propio. En cambio, sostiene que en el presente caso la IGJ dictó la resolución cuestionada resolviendo una denuncia efectuada por SAGAI respecto de otra asociación -Inter Artis Argentina Entidad de Gestión Asociación Civil- en la que se pretendía que se suprima del estatuto social que se le había aprobado a la denunciada toda mención a la gestión colectiva de administración de los derechos de artistas intérpretes -actores y bailarines- que por los decretos 1914/2006 y 677/2012 le habían sido reconocidos a la denunciante.

Por lo tanto, concluyó que habiéndose expedido la IGJ, cuestionada esa resolución y oídas ambas partes no correspondía el traslado que se reclama.

-II-

Contra esa decisión, tanto la Inspección General de Justicia como la Sociedad Argentina de Actores e Intérpretes Asociación Civil interpusieron recurso extraordinario (fs. 584/597 y 600/611). En lo que respecta al recurso interpuesto por SAGAI, respecto al rechazo del planteo de nulidad, fue contestado por Inter Artis Argentina (fs. 652/656) y denegado, lo que motivo la presentación de recurso de queja (fs. 31/35 de los autos CIV 13581/2017/3/RH3 que corren por cuerda). Respecto

al recurso interpuesto por la IGJ fue rechazado *in limine*, sin sustanciación, por no haberse demostrado un interés personal y/o jurídico (fs. 630/631), lo que motivó la presente queja (fs. 30/34 del cuaderno respectivo).

Se agravia la IGJ en el remedio intentado. En primer lugar, entiende que el *a quo* la dejó en absoluto estado de indefensión al no haberle corrido traslado del recurso directo interpuesto por Inter Artis, no haberle reconocido el carácter de parte en el proceso y tampoco haberla notificado de la sentencia que revocó la Resolución 239/2017. En segundo lugar, y sin perjuicio de ello, se notifica espontáneamente de la sentencia de fojas 572/574 que revoca la resolución cuestionada y expone sus agravios respecto a dicho pronunciamiento. Indica, en síntesis, que resulta arbitrario por hacer una interpretación dogmática de los decretos 1914/2006 y 672/2012 así como de otras normas que fundan la resolución impugnada.

Por su parte, en la queja que corre por cuerda en la que SAGAI se agravia respecto de la sentencia que rechazó los planteos de nulidad, sostiene que se incumplió el traslado a la IGJ en violación del artículo 17 de la ley 22.315 dejándola en estado de indefensión, más aún cuando luego se revocó el acto por ella dictado. Ello, a pesar de que el traslado incluso había sido solicitado con anterioridad a la sentencia por la propia denunciada Inter Artis, a fojas 575/576. Señaló que el *a quo* realizó una distinción entre cuando la IGJ actúa de oficio y cuando actúa resolviendo una denuncia, a pesar de que esa distinción no está prevista por la ley. Indicó que se violó lo sostenido por la Corte Suprema en el precedente "Castañeiras" y solicitó que se declare la nulidad de lo actuado.

-III-

En forma previa, advierto que no se ha corrido el traslado a todas las partes interesadas, dispuesto en el artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, respecto del recurso extraordinario interpuesto por la IGJ. Entiendo que no resulta óbice para el cumplimiento de ese recaudo previo el hecho de que, con posterioridad, el a quo haya decidido rechazar *in limine* el recurso, pues el ordenamiento ritual no prevé ninguna excepción de ese tipo en estos casos. Ello, teniendo en cuenta que el traslado del recurso extraordinario tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige la garantía del debido proceso y planear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solu-

ción del litigio (Fallos: 327:3723, "Aeroandina S.A" y sus citas, Fallos: 339: 1436, "Matadero Municipal de Luis Beltrán"). La sustanciación es, asimismo, condición necesaria de validez de todo pronunciamiento de la Corte Suprema sobre los planteos introducidos en el recurso extraordinario (Fallos: 327296, "Moliné O' Connor", y su cita).

Sentado ello, considero, a su vez, que el recurso federal deducido fue incorrectamente denegado por el *a quo*, toda vez que se denuncia la afectación de la garantía de defensa en juicio y del debido proceso (artículo 18 de la Constitución Nacional). En este sentido, cabe considerar que se encuentra habilitada la intervención de la Corte cuando resulta necesario adecuar la actuación de la alzada cuando se configura un supuesto de transgresión a los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia (Fallos: 323:3314, "Chiarieri", entre otros).

-IV-

Sobre tales bases, advierto que con posterioridad a la elevación a cámara del recurso directo interpuesto por Inter Artis, no se ha corrido el correspondiente traslado a la Inspección General de Justicia que exige el artículo 17 de la ley 22.315 que, al regular el procedimiento para recurrir las resoluciones de la IGJ, en lo pertinente dispone: "Las actuaciones se elevarán a la Cámara respectiva dentro de los CINCO (5) días de interpuesto el recurso, y ésta dará traslado por otros CINCO (5) días a la Inspección General de Justicia o al Ministerio de Justicia de la Nación". Ello, tomando en cuenta que la ley no distingue respecto a si el órgano emisor del acto actúa o no de oficio, distinción que en forma infundada pretende introducir la sentencia recurrida.

A su vez, cabe recordar que "es doctrina de V.E. que corresponde reconocer a los organismos de la administración pública la facultad de intervenir en las instancias judiciales de apelación en defensa de la legalidad de sus actos (Fallos: 324:2962 y 3940, entre otros). También la Corte ha resuelto que la repartición cuya decisión fue impugnada, debe ser anoticiada tanto del pronunciamiento dictado en consecuencia cuanto del recurso extraordinario interpuesto contra este último" (Fallos: 330:2192, "Petrolíferos Fiscales Gas S.A.", por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación, y Fallos: 324:2962, "Laboratorio Bagó S.A.").

En tales condiciones, entiendo que se.han vulnerado en este caso aspectos que atañen al orden público y, por lo tanto, el defecto señalado constituye un vicio que debe provocar la nulidad de todo lo actuado

ante el *a quo* (cfr. doctrina del caso FMP 081013653/2011/CS001, "Castañeiras, Claudia Elena c/ Universidad Nacional de Mar Del Plata s/ Recurso Directo Ley de Educación Superior Ley 24.521", sentencia del 11/04/2017, y sus citas). Ello por cuanto en autos se patentizó una grave violación a la garantía constitucional del debido proceso y de defensa en juicio, contemplados en el artículo 18 de la Constitución Nacional, respecto del órgano emisor de la resolución que se cuestiona, que no ha podido expedirse respecto del recurso directo interpuesto, tal como era su derecho conforme a lo dispuesto por la ley reseñada.

Por lo expuesto, opino que corresponde admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la nulidad de lo actuado ante la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se corra el traslado omitido a la Inspección General de Justicia y, posteriormente, se dicte un nuevo pronunciamiento en relación al recurso directo que motivó estas actuaciones. Buenos Aires, 14 de noviembre de 2018. *Víctor Abramovich.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 25 de febrero de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Asociación Civil Inter Artis Argentina – SAGAI y otro c/ I.G.J. 7480576/1880189 s/ recurso directo a cámara", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal de la Nación, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se declara la nulidad de todo lo actuado ante la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Con costas. Agréguese la queja al principal y devuélvanse los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, corra el traslado omitido a

la Inspección General de Justicia y, posteriormente, dicte un nuevo pronunciamiento en relación al recurso directo que motivó estas actuaciones. Exímase al recurrente de integrar el depósito. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de queja interpuesto por la **Inspección General de Justicia (I.G.J.)**, representada por el **Dr. Carlos Alberto Flores,** con el patrocinio letrado de la **Dra. Ana Castagnino Sá**.

Tribunal de origen: **Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil**.

ROMERO, HUGO FERNANDO c/ MISIONES, PROVINCIA DE s/ ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

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, de modo que no se planteen también cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de éstas, pues tal extremo importaría un obstáculo insalvable a la competencia en examen.

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

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Toda vez que el actor solicita que se declare la inconstitucionalidad de una norma local que regula el procedimiento de acusación de funcionarios ante el jurado de enjuiciamiento previsto en el art. 158 de la Constitución de Misiones, por ser violatoria de diversos preceptos de la Constitución Nacional y de tratados internacionales con jerarquía constitucional, ello resulta ajeno a la competencia originaria de la Cor-

te, pues la cuestión planteada exige revisar disposiciones normativas dictadas por autoridades de la provincia demandada en ejercicio de las facultades reservadas por los arts. 121 y 122 de la Constitución Nacional, lo cual implicaría, una injustificada intromisión en las potestades propias del gobierno local.

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

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Si para resolver el pleito se requiere examinar normas y actos provinciales, interpretándolos en su espíritu y en los efectos que la soberanía local ha querido darles, la causa no es del resorte de la Corte.

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

CONSTITUCION NACIONAL

Conforme al diseño de la Constitución Nacional, es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de organizar su administración de justicia.

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

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La demanda por la cual el actor solicita que se declare la inconstitucionalidad de una norma local que regula el procedimiento de acusación de funcionarios ante el jurado de enjuiciamiento previsto en el art. 158 de la Constitución de Misiones es ajena a la competencia originaria, sin que obste a ello el hecho de que en la demanda se invoque el respeto de cláusulas constitucionales y de derechos reconocidos en tratados internacionales incorporados a la Ley Fundamental, pues su nuda violación proveniente de autoridades de provincia no sujeta, por si sola, las causas que de ella surjan al fuero federal, que sólo tendrá competencia cuando aquéllas sean lesionadas por o contra una autoridad nacional o cuando medien razones vinculadas a la tutela y el resguardo de las competencias que la Constitución confiere al Gobierno Federal.

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

COMPETENCIA

El respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que versan sobre aspectos propios de su derecho público, sin que obste a lo expuesto la circunstancia de que el actor tenga distinta vecindad con la provincia demandada, toda vez que el fuero federal por las personas cede frente a las causas regidas por el derecho público local, ya que de otra forma se violaría la preeminencia de las autonomías provinciales.

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

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Dado que el art. 117 de la Constitución Nacional establece de modo taxativo los casos en que la Corte ejercerá su competencia originaria y exclusiva, la cual por su raigambre, no es susceptible de extenderse a otros casos no previstos.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 32/39, Hugo Fernando Romero, con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, demanda a la Provincia de Misiones a los fines de que V.E. declare la inconstitucionalidad del art. 14 de la ley local IV-N°24 (antes ley 2.818), al sostener que ese precepto "limita el acceso al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados solo a **'cualquier habitante de la Provincia**..."' (fs. 32, el resaltado pertenece al original).

Puntualmente, cuestiona que lo allí previsto le impide denunciar a una magistrada local ante dicho órgano y que si fuera ciudadano provincial podría realizar la presentación que intenta. Concluye, entonces, que la Provincia de Misiones crea distintas categorías de ciudadanos ante la ley por el mero hecho de ser o no ciudadano local.

Denuncia que la disposición en crisis afecta sus derechos y garantías consagradas en la Carta Magna (arts. 8°, 16, 18, 28, 75 -inc. 2°- y 33),

como así también el apartado 1° del art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), los arts. 1°, 8° y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XVIII y XXIV derecho, justicia y derecho de petición) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 8° y 10); todos ellos con jerarquía constitucional por imperio de lo establecido en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional

A fs. 40, se corre vista, por la competencia, a esta Procuración General de la Nación.

-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), de modo que no se planteen también cuestiones de indo le local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de éstas, pues tal extremo importaría un obstáculo insalvable a la competencia en examen (Fallos: 314:620).

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 actora solicita que se declare la inconstitucionalidad de una norma local que regula el procedimiento de acusación de funcionarios ante el jurado de enjuiciamiento previsto en el art. 158 de la Constitución provincial, por ser violatoria de diversos preceptos de la Constitución Nacional y de tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Así las cosas, advierto que la cuestión planteada exige revisar disposiciones normativas dictadas por autoridades de la provincia demandada en ejercicio de las facultades reservadas por los arts. 121 y 122 de la Constitución Nacional, lo cual implicaría, en mi parecer, una injustificada intromisión de V. E. en las potestades propias del gobierno local (conf. Fallos: 339:1033).

Por otra parte, también se ha sostenido que, si para resolver el pleito se requiere examinar normas y actos provinciales, interpretándolos en su espíritu y en los efectos que la soberanía local ha querido

darles, la causa no es del resorte de la Corte (Fallos: 322:1387, 1514 y 3572; 323:3859; 326:1591, entre muchos otros).

En este sentido, no es ocioso recordar que, conforme al diseño de la Constitución Nacional, es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de organizar su administración de justicia (conf. Fallos: 326:2397; 327:4994 y 330:479, entre otros).

No altera la solución propiciada el hecho de que en la demanda se invoque el respeto de cláusulas constitucionales y de derechos reconocidos en tratados internacionales incorporados a la Ley Fundamental, pues su nuda violación proveniente de autoridades de provincia no sujeta, por si sola, las causas que de ella surjan al fuero federal, que sólo tendrá competencia cuando aquéllas sean lesionadas por o contra una autoridad nacional (Fallos: 316:1777; 321:2751; 322:190, 1514 y 3572; 323:872; 325:887) o cuando medien razones vinculadas a la tutela y el resguardo de las competencias que la Constitución confiere al Gobierno Federal (Fallos: 311:919; 316:1777 y 2906) , situaciones que no se presentan en autos.

En tales condiciones, el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que versan sobre aspectos propios de su derecho público, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 332:669; 339:1033; 341:605).

Finalmente, no obsta a lo expuesto la circunstancia de que el actor tenga distinta vecindad con la provincia demandada, toda vez que el fuero federal por las personas cede frente a las causas regidas por el derecho público local, ya que de otra forma se violaría la preeminencia de las autonomías provinciales (v. doctrina de Fallos: 326:3481).

-III-

En el marco de lo expuesto y dado que el art. 117 de la Constitución Nacional establece de modo taxativo los casos en que la Corte ejercerá su competencia originaria y exclusiva, la cual por su raigambre, no es susceptible de extenderse a otros casos no previstos (Fallos: 314:94; 318:1837; 322:1514; 323:1854; 325:3070), opino que este proceso resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte. Buenos Aires, 13 de agosto de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 25 de febrero de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y la conclusión del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, 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 de la Nación.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Parte actora: **Hugo Fernando Romero**, con el patrocinio letrado del **Dr. Carlos Roberto Scotto.**

Parte demandada: **Provincia de Misiones, no presentada en autos.**

SAAVEDRA, SILVIA GRACIELA y Otro c/ ADMINISTRACIÓN NACIONAL de PARQUES NACIONALES ESTADO NACIONAL y Otros s/ Amparo ambiental

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

A los fines de evaluar la procedencia de la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional en el carácter federal que se le asigna a la materia, sobre la base de la pretendida interjurisdiccionalidad, basta con la exposición de los hechos y los datos suministrados en los informes presentados ante la Corte.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Toda vez que de la información proporcionada, la alegada contaminación proveniente de un pozo petrolero importaría el compromiso de un recurso interjurisdiccional, impactando finalmente en la Cuenca hidrográfica del Rio Bermejo que abarca las provincias de Chaco, Formosa, Jujuy y Salta, se configura un supuesto de competencia originaria ratione materiae, en tanto el artículo 3º de la ley 25.688- del Régimen de Gestión Ambiental de Aguas- establece que las cuencas hídricas son una unidad ambiental de gestión de recurso y se consideran indivisibles.

MEDIO AMBIENTE

La contaminación denunciada dentro del Parque Nacional Calilegua, que se produciría por la actividad hidrocarburífera desplegada en una Reserva Estricta, de alto contenido de biodiversidad lleva a plantear la necesidad de accionar la cláusula constitucional de protección ambiental, ya que el reconocimiento de estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 de la CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Resulta suficiente para concluir sobre la competencia originaria de la Corte para entender en una acción de amparo por daño ambiental colectivo, si se constata que, una repartición autárquica del Estado Nacional –la Administración de Parques Nacionales- y un estado provincial –la Provincia de Jujuy- son parte en el pleito, pues sobre la base del derecho de la Nación –o una entidad nacional- al fuero federal y el de la Provincia a la jurisdicción originaria (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional), una solución que satisfaga esas prerrogativas jurisdiccionales conduce a declarar la competencia de la Corte Suprema.

ACCION DE AMPARO

El proceso – acción de amparo por daño ambiental colectivo - corresponde a la jurisdicción federal tanto ratione personae como ratione materiae, pues se encuentra demandado el Estado Nacional y, según surge de los términos de la demanda, los procesos contaminantes afectan fuertemente un recurso en los términos del art. 7 de la Ley 25.675.

MEDIO AMBIENTE

La apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) y el peligro en la demora (periculum in mora), la necesidad de prevenir y de hacer lugar a la cautelar para impedir la producción de un daño ambiental de incidencia colectiva (art. 27 ley 25.675 General del Ambiente) o que continúe o se agrave la degradación del ambiente (arts. 1710 y 1711, del Código Civil y Comercial), está dada no sólo en la alegación de los hechos sino también por la prueba aportada a requerimiento de la Corte, que acredita en grado de suficiente verosimilitud que se estaría contaminando el arroyo Yuto de la Provincia de Jujuy, por causa del derrame en un pozo petrolero ubicado en las proximidades del Parque Calilegua que se encuentra en estado de abandono.

MEDIO AMBIENTE

Corresponde hacer lugar a la medida cautelar de cesación y suspensión de la actividad petrolera, si resulta manifiestamente verosímil que habría una afectación severa o contaminación por derrame de un pozo petrolero abandonado, de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional, -del bien colectivo ambiental, identificado como una cuenca hídrica, compuesta en su conjunto y unidad ecosistémica, por el Arroyo Yuto, afluente del Río San Francisco, que desagua en la Cuenca del Río Bermejo; que habría efectiva degradación ambiental o afectación, de un área natural especialmente protegida, categorizada legalmente como Reserva Natural Estricta, Parque Nacional Calilegua, en la Provincia de Jujuy, cuya conservación es prioritaria, no sólo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras.

MEDIO AMBIENTE

Es procedente la medida cautelar de cesación y suspensión de la actividad petrolera, toda vez que se ve configurado el peligro en la demora, ya que de la información aportada surge que la actividad de explotación petrolera en la zona - Parque Nacional Calilegua -, si bien ha ido disminuyendo, importaría una continua degradación que solo desaparecerá con el cierre definitivo de la explotación y si bien es cierto que existe legislación provincial que lo exige, a la fecha no parecería contar con un plan de trabajo con identificación de pasivos ambientales, plazos ciertos de implementación y costos de la actividad.

MEDIO AMBIENTE

El paradigma jurídico que ordena la regulación de los bienes colectivos ambientales, es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como lo establece la Ley General del Ambiente.

MEDIO AMBIENTE

El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario.

MEDIO AMBIENTE

La Constitución Nacional en su afán de proteger el ambiente, permite afirmar la existencia de deberes positivos, entre los cuales se destaca el deber de preservarlo; en el derecho infra-constitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado.

MEDIO AMBIENTE

La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera; estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras.

MEDIO AMBIENTE

El derecho ambiental, dentro del cual se inscribe la necesaria defensa de los Parques Nacionales y de las Reservas Estrictas, frente a actividades prohibidas, tiene en nuestro sistema legal, jerarquía y tutela constitucional (artículo 41 Constitución Nacional).

MEDIO AMBIENTE

A la luz del principio precautorio, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente -art 4°, ley 25.675-, más aun cuando estamos en presencia de una reserva de biodiversidad, cuya protección está directamente vinculada con la explotación que hace el hombre de estos recursos y la necesidad de protección ante la pérdida irreparable y definitiva de estos.

MEDIO AMBIENTE

Al tratarse de la protección de un parque nacional considerada reserva de biosfera y parte integrante de una cuenca hídrica, se debe considerar en el dictado de medidas cautelares -cese y suspensión de la actividad petrolera - la aplicación del principio in dubio pro natura que establece que en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales, no debiéndose emprender acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios de los mismos.

MEDIO AMBIENTE

El principio in dubio pro aqua, consistente con el principio in dubio pro natura, determina que en caso de incerteza, las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos.

DAÑO AMBIENTAL

En asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Es válida la prórroga de la competencia originaria de la Corte, en favor de los tribunales federales de primera instancia, en los casos en los que no se advierta la concurrencia de un interés federal o de razones institucionales de tal magnitud que hagan impostergable la intervención de ésta (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Aun cuando el derecho invocado en la demanda se encuentre fundado en normas federales, corresponde admitir la posibilidad de que también en este tipo de controversias tenga eficacia la voluntad de la provincia de litigar ante los juzgados federales de primera instancia en un caso que, en principio, podría corresponder a la competencia originaria de la Corte (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

ACCION DE AMPARO

Toda vez que no se ha citado aún al Estado provincial en la demanda de amparo por daño ambiental colectivo, el que, por lo tanto, no ha podido invocar todavía la prerrogativa que ostenta por mandato constitucional, corresponde declarar prematura la incompetencia decretada en autos, por lo que deberá seguir conociendo en ellos el Juzgado Federal de Jujuy al que se remitirán las actuaciones para la continuación del trámite procesal pertinente (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 166/262, Silvia Graciela Saavedra y Ramón Héctor Luna, en su calidad de vecinos de las localidades de Lozano y de San Salvador de Jujuy (Provincia de Jujuy), respectivamente, ubicadas -la primera- en la región declarada por la UNESCO como Reserva de Biósfera de las Yungas y -la segunda- en su zona de influencia, promovieron -ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de Jujuy N° 2- demanda de amparo por daño ambiental colectivo, en los términos de los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional y 30 de la Ley General del Ambiente 25.675, contra la Administración de Parques Nacionales (A.P.N.), el Estado Nacional, la Provincia de Jujuy, YPF S.A. (en su carácter de continuadora de Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.E.), la Unión Transitoria de Empresas Petróleos Sudamericanos S.A. Necon S.A. , Pluspetrol S.A. , JHP International Petroleum Engineering Ltda., Jujuy Energia y Minería S.E. (J.E.M. S.E.), Felipe Frognier y el Municipio de Yuto a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad y nulidad absoluta de la continuidad de la explotación petrolera en el yacimiento Caimancito, situado dentro del Parque Nacional Calilegua y de la omisión en el ejercicio del poder de policía ambiental en el pozo Caimancito e3 (Ca.e3) ubicado en las inmediaciones del mencionado parque nacional, así como de los actos administrativos que autorizaron aquella actividad (adjudicación de la concesión por parte del Estado Nacional y aprobación de la cesión de la explotación petrolera emanada del Poder Ejecutivo de la Provincia de Jujuy); asimismo, que se ordene el cese de las conductas generadoras del daño ambiental colectivo, que se imponga a sus responsables el deber de recomponer progresiva y

gradualmente el ambiente y que se exija a la empresa concesionaria de la explotación petrolera la contratación del seguro ambiental previsto por la ley 25.675.

Refirieron que dentro del Parque Nacional Calilegua (creado en 1979 luego de que el Poder Ejecutivo Nacional aceptara -por medio del decreto 1733/79- la donación de tierras efectuada por la Provincia de Jujuy para afectarlas a ese destino) se encuentra el yacimiento Caimancito, cuya explotación hidrocarburífera comenzó en 1969 a cargo de Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.E., que la continuó hasta que, mediante el decreto nacional 1275/92, se otorgó la concesión del área por un plazo de 25 años a la U.T.E. Necon S.A. Petróleos Sudamericanos S.A.

Señalaron que en 1996 la A. P. N. y la concesionaria del yacimiento firmaron un acta acuerdo en la que se estableció un plan de mitigación de pasivos ambientales dejados por Y.P.F. S.E., el cual -según afirmaron- fue incumplido por la empresa.

También aludieron a distintas comunicaciones enviadas durante 2007 y 2008 desde la Intendencia del Parque Nacional Calilegua a las autoridades de la Provincia de Jujuy, al operador del yacimiento y al fiscal federal de la jurisdicción, en las que alertaba acerca de los riesgos que implicaba el mantenimiento de la actividad petrolera en el yacimiento Caimancito y denunciaba la contaminación existente en el arroyo Saladito, así como el derrame de petróleo crudo producido por la rotura de una línea de conducción del fluido.

Manifestaron que, a pesar de todo ello, por medio del decreto provincial 687/08 se autorizó la cesión de derechos y obligaciones entre la U.T.E. Necon S.A. Petróleos Sudamericanos S.A. Y Pluspetrol S.A. y que, posteriormente, el gobernador provincial dictó el decreto 9347/11 por el que autorizó a Pluspetrol S.A., en su carácter de titular de la concesión de explotación del área “Caimancito”, a ceder el 100% de su participación en los derechos y obligaciones de dicha concesión a favor de JHP International Petroleum Engineering Ltda., empresa que en 2013 firmó una carta de intención con J.E.M. S.E. para establecer las bases de trabajo de la futura unión transitoria de empresas para la exploración y explotación de hidrocarburos y sus derivados en el yacimiento “Caimancito” por un período de 24 años.

Describieron que en ese yacimiento se habrían perforado 34 pozos, de los que sólo 12 se encontrarían en producción, bajo condiciones deficientes de seguridad ambiental dentro de un área natural protegida en la que se encuentra prohibida la actividad petrolera.

Por otra parte, mencionaron que en 1997 el Departamento Técnico de la Policía de Hidrocarburos de la Secretaría de Minería, Industria y Recursos Energéticos de la Provincia de Salta comprobó la existencia de daño ambiental en el pozo Ca.e3, hecho que fue puesto en conocimiento de la A.P.N., oportunidad en la que advirtieron que se encontraba colapsado y se producía un escape y derrame de agua termal con películas de crudo que drenaban hacia un arroyo de agua dulce (el arroyo Yuto). Agregaron que en 2000, los guardaparques del Parque Nacional Calilegua detectaron alta salinidad en aguas del mismo arroyo, causada por el abandonado pozo Ca.e3, y que en 2001 la Comisión Regional del Río Bermejo (COREBE) inició gestiones para dar solución al problema de contaminación de la cuenca de dicho río, generado por el pozo en cuestión.

Sostuvieron que la actividad petrolera llevada a cabo en aquellos lugares resulta violatoria de lo dispuesto por el art. 41 de la Constitución Nacional y las leyes 22.351, 17.319 y 25.675.

Atribuyeron responsabilidad a la A. P. N. por el ejercicio deficiente y antijurídico de la función que le fue asignada por ley; al Estado Nacional, por haber autorizado la continuidad de la explotación petrolera luego de la creación del Parque Nacional Calilegua y omitido realizar la del ambiente en la zona del abandonado pozo recomposición Ca .e3; .a la Provincia de Jujuy, en tanto dictó actos administrativos que aprobaron cesiones de derechos y obligaciones derivados de la concesión petrolera, los que vulneran la prohibición de la actividad petrolera en zonas de reserva natural, y porque omitió realizar acción alguna tendiente a recomponer el ambiente dañado por el derrame del pozo Ca.e3 y sancionar a los responsables; a YPF S.A., en virtud de ser la continuadora de Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.E., empresa que perforó los 34 pozos del yacimiento Caimancito y el pozo Ca.e3 y colocó tanques, piletas y válvulas, entre otras instalaciones; a las restantes empresas (la Unión Transitoria de Empresas Petróleos Sudamericanos S.A. - Necon S.A., Pluspetrol S.A., JHP International Petroleum Engineering Ltda., J.E.M. S.E.), en su calidad de continuadores de una actividad legalmente prohibida como es la explotación del yacimiento dentro del Parque Nacional Calilegua; a Felipe Frognier, en su condición de titular dominial del inmueble en el que está situado el pozo Ca. e3 del que manan líquidos salinos que contienen metales pesados y contaminan el arroyo Yuto, por no haber formulado las denuncias pertinentes ni exigido la recomposición del ambiente afectado; y al Municipio de Yuto (Provincia de Jujuy), por ser titular del poder de policía originario en materia ambiental.

Como medida cautelar, pidieron que se dispusiera el cese inmediato de los efectos de los actos administrativos dictados como consecuencia de la aprobación y autorización de la cesión de los derechos y obligaciones de Pluspetrol S.A. ,a favor de JHP International Petroleum Engineering Ltda., así como los de los actos administrativos relativos a la aprobación de los proyectos de trabajos y de aquellos relacionados con la aprobación del estudio de impacto ambiental por parte de la Unidad de Gestión Ambiental Minera Provincial jujeña -UGAMP-; también solicitaron, con carácter precautorio, que se ordenara la suspensión inmediata de la extracción de petróleo y de todos los trabajos vinculados a esa actividad, la abstención de impedir la realización de los trabajos destinados al relevamiento y obtención de pruebas, y de realizar modificación alguna sobre la ubicación del pozo Ca.e3. Asimismo, requirieron la anotación de la litis en la Inspección General de Justicia, en los Registros Públicos de Comercio de las respectivas jurisdicciones, en los libros de accionistas de las empresas codemandadas y en el Registro Inmobiliario de la Provincia de Jujuy·

A fs. 272/274, el juez a cargo del Juzgado Federal de Jujuy N° 2 declaró su incompetencia para entender en la causa y dispuso su remisión al Tribunal, en razón de que se encontraba demandada una provincia y las pretensiones deducidas constituían una cuestión de naturaleza federal.

A fs. 277 se corrió vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

-II-

Ante todo, corresponde señalar que no resulta prematura la declaración de incompetencia que efectuó oportunamente -a mi juicio- el juez federal a fs. 272/274.

En efecto, ello es así en virtud de los fundamentos expuestos en el dictamen de este Ministerio Público del 20 de julio de 2006 *in* re A.373, XLII., Originario "A.F.I.P. c/ Neuquén, Provincia del s/ejecución fiscal", publicado en Fallos: 331:793, a los que me remito *brevitatis causae.*

-III-

Cabe recordar que el Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional

(reglamentados por el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58) porque, de·otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986 (Fallos: 312:640; 313:127 y 1062; 322:1514 y 325:3525, entre otros).

Sentado lo expuesto, entiendo que el asunto radica en determinar si en el *sub examine* se configuran dichos requisitos.

Por regla general, las causas referidas a cuestiones ambientales, en principio, corresponden a la competencia de los jueces locales, según lo dispone el art. 41, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, pues establece que le cabe a la Nación *"dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos* de *protección"* y reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas. Dicho texto constitucional se complementa con el art. 32 de la Ley General del Ambiente, 25.675, que prescribe que la competencia judicial *"será la que corresponda a las reglas ordinarias* de *la competencia"* (v. también Fallos: 318: 992).

Sentado ello, en los procesos referidos a cuestiones ambientales la competencia originaria procede si es parte una provincia y la causa reviste naturaleza exclusivamente federal, para lo cual es necesario que configure la interjurisdiccionalidad prevista en el art. segundo párrafo, de la Ley General del Ambiente, que dispone que la competencia corresponderá a los tribunales federales cuando *"el acto, omisión* o *situación generada provoque efectivamente degradación* o *contaminación* en *recursos ambientales interjurisdiccionales"*.

En ese sentido, es dable resaltar que la Corte, a través de distintos precedentes ha delineado los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar la procedencia de dicha competencia federal en razón de la materia ambiental, al establecer que, en primer término, hay que delimitar el ámbito territorial afectado, pues, como lo ha previsto el legislador nacional, corresponde que se trate de un recurso ambiental interjurisdiccional (Fallos: 327:3880 y 329:2316) o de un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial (Fallos: 330:4234; 331:1679).

Asimismo, es preciso recordar que la definición que la naturaleza federal del pleito debe ser realizada con especial estrictez, por lo que resulta imprescindible demostrar, con alguna evaluación científica, la efectiva contaminación o degradación -según los términos de la Ley General del Ambiente- de tal recurso ambiental interjurisdiccional, esto es, la convicción debe necesariamente surgir de los términos en

que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá sostener la pretendida interjurisdiccionalidad, o en su defecto, la de alguna evidencia que pruebe que resulta verosímil la afectación de las jurisdicciones involucradas (Fallos: 329:2469 y 330:4234).

Sentado lo expuesto, encuentro conveniente señalar que, desde mi punto de vista, la pretensión esgrimida por la parte actora puede separarse en dos partes. Por un lado, la referente a los daños ambientales causados por el pozo Ca.e3, el cual se encuentra ubicado fuera del Parque Nacional Calilegua y en jurisdicción de la Provincia de Jujuy; por el otro, la vinculada con la contaminación ambiental producida por la explotación petrolera que se lleva adelante dentro del parque nacional mencionado.

Con relación a la primera, tengo para mí que la mentada interjurisdiccionalidad del **recurso** ambiental presuntamente afectado queda suficientemente acreditada·, al menos en esta etapa inicial del proceso, con los elementos de prueba agregados a la causa, de los que surge que. del pozo Ca.e3, que se encuentra en estado de abandono, surgen fluidos contaminantes que son vertidos en el arroyo Yuto cuando atraviesa el territorio de la Provincia de Jujuy, curso de agua que luego ingresa al Parque Nacional Calilegua y desemboca en el río San Francisco, el que posteriormente confluye con el río Bermejo, cuya cuenca es administrada por la Comisíón Regional del Río Bermejo (COREBE) , organismo interjurisdiccional conformado por el Poder Ejecutivo Nacional y las Provincias del Chaco, de Formosa, de Jujuy, de Salta, de Santa Fe y de Santiago del Estero, creado por medio de un convenio ratificado por la ley nacional 22.697 Y por leyes de cada una de las provincias que lo integran, que tiene por objetivo el aprovechamiento integral, racional y múltiple de los recursos hídricos de la cuenca del río Bermejo.

En tal sentido, la Ley del Régimen de Gestión de Aguas, 25.688, dispone que se entiende *"por cuenca hídrica superficial*, a *la región geográfica delimitada por las divisorias* de *aguas que discurren hacia el mar* a *través* de *una red* de *cauces secundarios que convergen en un cauce principal único* y *las endorreicas"* (art. 2°), la cual es considerada como una *"unidad ambiental"* de gestión del recurso, de carácter *"indivisible"* (art. 3 0) •

A su vez, en el art 6° puntualiza que para poder utilizar las aguas objeto de la ley se deberá contar con el permiso de la autoridad competente y que "(e) *n el caso* de *las cuencas interjurisdiccionales, cuan-*

do el impacto ambiental sobre alguna de *las otras jurisdicciones sea significativo, será vinculante la aprobación* de *dicha utilización por el Comité* de *Cuenca correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen*".

Por otra parte, los actores fundan la existencia de la alegada contaminación del recurso ambiental interjurisdiccional con la documentación que obra en la causa, emanada de la A.P.N. (v. fs. 27/30, 34/38, 62/75), de las Direcciones Provinciales de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y de Minería y Recursos Energéticos de la Provincia de Jujuy (v. fs. 47/48 y 49/51, respectivamente), de la COREBE (v. fs. 155/159 y 164/165) y de la Subsecretaria de Combustible de la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía de la Nación (v. fs. 160/163), así como del informe de evaluación ambiental agregado a fs. 76/153. De dicha documentación resulta que del abandonado pozo Ca.e3 surge agua de formación a una elevada temperatura con un alto contenido de sales e hidrocarburos, fluido contaminante -que, según los informes agregados a la causa, encuadraría como "residuo peligroso" en los términos de la ley 24.051 (v. fs. 47/50 y 62/75)- que, al verterse en el arroyo Yuto, ingresa en la cuenca del río Bermejo.

En consecuencia, a mi juicio, el pleito corresponde a la competencia originaria de la Corte, en razón de la materia, pues es parte una provincia en una causa de manifiesto contenido federal, en tanto se encuentra en juego la preservación y protección de una cuenca interjurisdiccional (conf. las leyes 25.675 General del Ambiente y 25.688 del Régimen de Gestión de Aguas). Además, entiendo que la causa está comprendida en el art. 1° de la de la ley nacional 24.051, pues debe ser la justicia federal quien determine si aquellos líquidos pueden considerarse "residuo peligroso" en los términos de sus anexos I y II y si podrían afectar a las personas o al medio ambiente más allá de los límites de la provincia donde son generados (arg. art. 58), cuestión que a esta altura del proceso no puede descartarse.

Pero también, corresponde a esa competencia en razón de las personas, pues la Provincia de Jujuy ha sido demandada junto con el Estado Nacional, quien concurre como parte necesaria a integrar la litis en virtud de la naturaleza federal del caso en examen (Fallos: 329:2316).

Así lo pienso, toda vez que se le atribuye responsabilidad a la provincia de Jujuy, por no haber ejercido suficientemente el poder de policía medio ambiental en la jurisdicción donde es titular de dominio del recurso ambiental que se pretende tutelar, y también lo es el Estado Nacional, en virtud de la naturaleza federal de dicho recurso natu-

ral, tal como lo sostuvo V. E. en las causas "Mendoza" y "Pla", Fallos: 329:2316 y 331:1243, respectivamente, esto es, para que, en su caso, ambos deban recomponer (art. 31 de la LGA).

Además, aunque el factor degradante del ambiente se encuentre -en el caso del pozo Ca.e3- dentro de los límites de la Provincia de Jujuy, la descarga de los fluidos contaminantes que emanan de dicha perforación en el arroyo Yuto, que luego ingresa en el Parque Nacional Calilegua, autoriza a concluir, dentro del limitado marco de conocimiento de la cuestión de competencia en examen, que sería necesario disponer que el Estado Nacional o la A.P.N. recompongan el medio ambiente sometido a su jurisdicción.

Por ello, puede afirmarse que concurren en la causa los extremos que autorizan a considerar la existencia de un Litisconsorcio pasivo necesario, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en razón de la propia naturaleza de la relación jurídica controvertida que vincula a las partes en el proceso, la cual, a mi juicio, es de carácter inescindible, pues exige ineludiblemente la integración de la litis con los titulares del dominio de los bienes colectivos afectados, a los fines de que la sentencia pueda ser pronunciada útilmente.

En cuanto a la pretensión vinculada con la contaminación que -según se afirma en la demanda- tiene lugar dentro del Parque Nacional Calilegua como resultado de la explotación petrolera que allí se lleva adelante, cuyo cese se reclama, a mi modo de ver, la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte, en atención a la naturaleza de los intervinientes en el proceso pues, según la exposición de los hechos que la actora efectúa en la demanda, así como también el origen de la acción y la relación de derecho existente entre ellos (Fallos: 311:1791 y 2065; 322:617, entre otros), el Estado Nacional, la A.P.N. y la Provincia de Jujuy son parte nominal y sustancial y conforman un litisconsorcio pasivo necesario, en los términos del art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, surgen intereses contrapuestos entre el Estado Nacional y la A.P.N., por un lado, y la Provincia de Jujuy, por el otro, pues mientras el primero reviste la condición de titular del dominio de las tierras que conforman el Parque Nacional Calilegua (v. decreto 1733/79 y art. 2° de la ley 22.351) y, como tal, tiene a su cargo el poder de policía ambiental en esa jurisdicción territorial, y la A.P.N., ente autárquico del Estado Nacional que tiene competencia y capacidad para actuar respectivamente en el ámbito del derecho público y privado -art. 14-,

tiene por función la fiscalización de los parques nacionales, así como su conservación y manejo en estado natural, de su fauna y flora autóctonas y, en caso necesario, su restitución, para asegurar el mantenimiento de su integridad, en todo cuanto se relacione con sus particulares características fisiográficas y asociaciones bióticas animales y vegetales –art. 18-, la Provincia demandada es la titular del dominio originario de los yacimientos de hidrocarburos que se encuentran en su territorio (arts. 124 de la Constitución Nacional y 1° de la ley 26.197), cuya administración le corresponde (art. 2° de la citada ley) y en tal carácter ha autorizado cesiones de los derechos y obligaciones derivados de la concesión de explotación de hidrocarburos que se lleva a cabo dentro del Parque Nacional Calilegua, en contra -según la actora- de lo dispuesto por los arts. 4° y 5°, incs. 'b', 'd' y 'k', de la ley 22.351 y 79, inc. 'd', de la ley 17.319.

Por ello, no sería aplicable a estos autos la doctrina sentada por el Tribunal en Fallos: 329:2316 *"Mendoza"*, ya que en el *sub judice* los codemandados conforman un litisconsorcio pasivo necesario, en razón de la propia naturaleza de la relación jurídica controvertida que vincula a las partes en el litigio, de carácter inescindible (conf. Causa P.l045, L.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).

En virtud de lo expuesto, en razón de las prerrogativas jurisdiccionales que a cada uno le asisten, al Estado Nacional y a la A.P.N. de litigar ante el fuero federal, según lo dispuesto en el art. 116 de la Ley Fundamental, y a la Provincia de Jujuy, de hacerlo en la instancia originaria de la Corte, de conformidad con el art. 117 de la Constitución Nacional, la única forma de conciliar ambos privilegios es sustanciando el pleito en esta última (Fallos: 320:2567; 322:2038; 323:1110; 324:2859 y 330:3777, entre muchos otros), cualquiera sea la materia del pleito.

No obstante esto último, desde mi punto de vista cabe asignar manifiesto contenido federal a la materia en debate a la que aquí se hace referencia, en tanto la actora cuestiona el decreto 1275/92 del Poder Ejecutivo Nacional y dos decretos locales (decretos 687/08 Y 9347/11 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Jujuy) por ser contrarios a diversas leyes nacionales (arts. 4 ° y 5°, incs. 'b', 'd' y 'k', de la ley 22.351; 79, inc. 'd', de la ley 17.319) y, en consecuencia, a la Ley Fundamental.

En tales condiciones, lo medular del planteamiento que se efectúa remite necesariamente a desentrañar el sentido y los alcances de los

referidos preceptos federales, cuya adecuada hermenéutica resultará esencial para la justa solución de la controversia y permitirá apreciar si existe la mentada violación constitucional (Fallos: 311:2154, cons. 4°, entre otros).

Además, toda vez que la pretensión exige dilucidar si el accionar proveniente de la autoridad local interfiere el ámbito que le es propio a la Nación en lo concerniente al cumplimiento de los fines específicos de un establecimiento de utilidad nacional, como son los parques nacionales (v. Fallos: 327:429; 329:5160; 335:323 y la causa CSJ 957/2008 (44-M)/CS1, Originario, "Misiones, Provincia de c/ Estado Nacional y otro si nulidad de acto administrativo", sentencia del 13 de mayo de este año), considero que la causa se encuentra entre las especialmente regidas por la Constitución Nacional, a las que alude el art. 2°, inc. l°, de la ley 48, pues versa sobre la preservación de las órbitas de competencia entre los poderes del gobierno federal y los de un Estado provincial, lo que hace competente a la justicia nacional para entender en ella (doctrina de Fallos: 329:2684; 333:60; 335:23, entre otros).

-IV-

Opino, por lo tanto, que el proceso corresponde a la instancia originaria del Tribunal. Buenos Aires, 9 de septiembre de 2015. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 25 de febrero de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) A fs. 166/262, Silvia Gracie1a Saavedra y Ramón Héctor Luna, invocando –respectivamente- su calidad de vecinos de las localidades de Lozano y de San Salvador de Jujuy (Provincia de Jujuy), ubicadas -la primera- en la región declarada por la UNESCO como Reserva de Biósfera de las Yungas y –la segunda- en su zona de influencia, promovieron ante el Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de Jujuy demanda de amparo por daño ambiental colectivo, en los términos de los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional y 30 de la Ley General del Ambiente 25.675, contra la Administración de Parques Nacionales, el

Estado Nacional, la Provincia de Jujuy, YPF S.A. (en su carácter de continuadora de la empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.E.), la unión transitoria de empresas Petróleos Sudamericanos S.A. Necon S.A. , Pluspetrol S.A. , JHP International Petroleum Engineering Ltda., Jujuy Energia y Minería S.E. (J.E.M. S.E.), Felipe Frognier y el Municipio de Yuto, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad y nulidad absoluta de la continuidad de la explotación petrolera en el yacimiento "Caimancito", situado dentro del Parque Nacional Calilegua y de la omisión en el ejercicio del poder de policía ambiental en el pozo "Caimancito e3" (también identificado como Ca.e3), ubicado en las inmediaciones del mencionado parque nacional, así como de los actos administrativos que autorizaron aquella actividad, entre los que se encuentra la adjudicación de la concesión por parte del Estado Nacional y aprobación de la cesión de la explotación petrolera efectuada por la Provincia de Jujuy. Postularon también, que se ordene el cese de las conductas generadoras del daño ambiental colectivo, que se imponga a sus responsables el deber de recomponer progresiva y gradualmente el ambiente y que se exija a la empresa concesionaria de la explotación petrolera la contratación del seguro ambiental en los términos previstos por la ley 25.675.

Refirieron que dentro del Parque Nacional Calilegua, creado en 1979 mediante la donación de tierras efectuada por la Provincia de Jujuy, se encuentra el yacimiento "Caimancito", cuya explotación hidrocarburífera comenzó en 1969 a cargo de Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.E., que la continuó hasta que, mediante el decreto nacional 1275/92, se otorgó la concesión del área por un plazo de 25 años a la U.T.E. Necon S.A. Petróleos Sudamericanos S.A.

Señalaron que en 1996 la Administración de Parques Nacionales y la concesionaria del yacimiento firmaron un acta acuerdo en la que se estableció un plan de mitigación de pasivos ambientales dejados por la empresa petrolera estatal, el cual -según afirmaron- fue incumplido. En la presentación inicial también se alude a distintas comunicaciones efectuadas por la intendencia del mencionado parque nacional y dirigidas al gobierno de la provincia de Jujuy, a la concesionaria del área e incluso al fiscal federal de Jujuy, en las cuales se alertaba sobre los riesgos que implicaba el mantenimiento de la actividad petrolera en el yacimiento, al tiempo que se denunciaba la contaminación existente en el arroyo Saladito, así como el derrame de petróleo crudo producido por la rotura de una línea de conducción del fluido.

Manifestaron que, sin perjuicio de tales advertencias, el gobierno provincial autorizó la cesión de derechos y obligaciones entre la U.T.E. Necon S.A. Petróleos Sudamericanos S.A. y Pluspetrol S.A. y, posteriormente, autorizó a Pluspetrol S.A., en su carácter de titular de la concesión de explotación del área "Caimancito", a ceder el 100% de su participación en los derechos y obligaciones de dicha concesión a favor de JHP International Petroleum Engineering Ltda., empresa que -en 2013- habría suscripto una carta de intención con J.E.M. S.E. para establecer las bases de trabajo de la futura unión transitoria de empresas para la exploración y explotación de hidrocarburos y sus derivados en el yacimiento "Caimancito" por un período de 24 años.

Describieron que en el yacimiento se habrían perforado 34 pozos, de los que solo 12 se encontrarían actualmente en producción, bajo condiciones deficientes de seguridad ambiental dentro de un área natural protegida en la que se encuentra prohibida la actividad petrolera. Refirieron que se comprobó la existencia de daño ambiental en el pozo Ca.e3, circunstancia que fue puesta en conocimiento de la Administración de Parques Nacionales. Del mismo modo, señalaron que los guardaparques del Parque Nacional Calilegua detectaron alta salinidad en aguas del arroyo Yuto, causada por el abandonado del pozo. Relataron que, en 2001, la Comisión Regional del Río Bermejo (COREBE) inició gestiones para dar solución al problema de contaminación de la cuenca de dicho río, generado por el pozo en cuestión.

Sostuvieron que la actividad petrolera llevada a cabo en aquellos lugares resulta violatoria de lo dispuesto por el art. 41 de la Constitución Nacional y las leyes 22.351, 17.319 y 25.675.

Atribuyeron responsabilidad a la Administración de Parques Nacionales por el ejercicio deficiente y antijurídico de la función que le fue asignada por ley; al Estado Nacional, por haber autorizado la continuidad de la explotación petrolera luego de la creación del Parque Nacional Calilegua y omitido realizar la recomposición del ambiente en la zona del pozo abandonado; a la Provincia de Jujuy, en tanto dictó actos administrativos que aprobaron cesiones de derechos y obligaciones derivados de la concesión petrolera, los que vulneraron la prohibición de la actividad petrolera en zonas de reserva natural, y por cuanto omitió realizar acción alguna tendiente a recomponer el ambiente dañado por el derrame del pozo Ca.e3 y sancionar a los responsables; a YPF S.A., en virtud de ser la continuadora de Yacimientos Petrolí-

feros Fiscales S.E., empresa que perforó los 34 pozos del yacimiento "Caimancito", el pozo Ca.e3 y colocó tanques, piletas y válvulas, entre otras instalaciones; a las restantes empresas (la Unión Transitoria de Empresas Petróleos Sudamericanos S.A.-Necon S.A., Pluspetrol S.A., JHP International Petroleum Engineering Ltda., J.E.M. S.E.), en su calidad de continuadores de una actividad legalmente prohibida como es la explotación del yacimiento dentro del Parque Nacional Calilegua; a Felipe Frognier, en su condición de titular dominial del inmueble en el que está situado el pozo Ca. e3, por no haber formulado las denuncias pertinentes ni exigido la recomposición del ambiente afectado; y al Municipio de Yuto (Provincia de Jujuy) por ser titular del poder de policía originario en materia ambiental.

Asimismo solicitaron que se dicte, como medida cautelar, el cese inmediato de los efectos de los actos administrativos dictados como consecuencia de la aprobación y autorización de la cesión de los derechos y obligaciones de Pluspetrol S.A. a favor de JHP International Petroleum Engineering Ltda., así como los de los actos administrativos relativos a la aprobación de los proyectos de trabajos y de aquellos relacionados con la aprobación del estudio de impacto ambiental por parte de la Unidad de Gestión Ambiental Minera de la Provincia de Jujuy. También pidieron que, con carácter precautorio, se ordene la suspensión inmediata de la extracción de petróleo y de todos los trabajos vinculados a esa actividad, como también de los destinados al relevamiento y obtención de pruebas. Asimismo, solicitaron que se abstenga de realizar modificación alguna sobre la ubicación del pozo Ca.e3 y, requirieron la anotación de la *litis* en la Inspección General de Justicia, en los registros públicos de comercio de las respectivas jurisdicciones, en los libros de accionistas de las empresas codemandadas y en el registro inmobiliario de la Provincia de Jujuy·

2°) Que a fs. 272/74 el juez a cargo del Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de Jujuy se declaró incompetente para entender en la causa por considerar que el proceso debe tramitar ante la instancia originaria de la Corte, en razón de que se encuentra demandada una provincia y las pretensiones deducidas constituyen una cuestión de naturaleza federal.

3°) Que de acuerdo con jurisprudencia de este Tribunal (conf. "Lavado, Diego Jorge y otros", Fallos: 330:111; "Salas, Dino y otros", Fallos: 331:2797 y 2925; CSJ 175/2007 (43-V)/CS1 "Vargas, Ricardo Marcelo c/

San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental", sentencia del 24 de abril de 2012), y sin perjuicio de la decisión que pudiera recaer en el momento de expedirse sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, los hechos denunciados motivaron la adopción de medidas conducentes a obtener mayor información relevante en torno a la situación ambiental del yacimiento Caimancito y del Parque Nacional Calilegua.

4°) Que de tal manera, el Tribunal requirió informes (I) al Estado Nacional (Secretaría de Energía de la Nación), (II) a la Provincia de Jujuy, (III) a la Administración de Parques Nacionales y (IV) a la Comisión Regional del Río Bermejo (COREBE) (fs. 296 y 296 vta.), que todos contestaron.

5°) Que según luce del informe Nota DP 2804 de la Defensoría del Pueblo de la Nación, agregado en copia a fs. 362, Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado (YPF SE), inició la explotación del Yacimiento Petrolero Caimancito (YPC) en el año 1969, alcanzando el récord de producción diaria (7000 m3/día), pero al no lograrse nuevos hallazgos la producción fue disminuyendo considerablemente.

Se destaca que del informe elevado por nota N° 197/SCA-2018 del Gobierno de Jujuy- Secretaría de Ambiente- Secretaria de Calidad Ambiental (fs. 599, surge que se relevaron 35 pozos en el Área CON- 3 Yacimiento Caimancito (YPC), que corresponden a la totalidad de los pozos del área. De esos pozos relevados 12 son productivos, 20 están inactivos y 3 son pozos inyectores, de los cuales está activo uno de ellos. Del informe resulta que "en ningún pozo productivo se observó contaminación en la locación, tampoco en los pozos inyectores".

6°) Que YPF S.E. continuó la explotación del Yacimiento Petrolero Caimancito (YPC) hasta que en el año 1992, tras su privatización, y en el marco del proceso de la ley 24.145 de Federalización de Hidrocarburos, el Poder Ejecutivo Nacional adjudicó -en Concurso Público Internacional N° 1/92, por decreto 1275/92- y otorgó la concesión del área a la UTE PETRÓLEOS SUDAMERICANOS S.A. – NECON S.A. La vigencia de la concesión se estableció en 25 años (2017), con posibilidad de una prórroga de 10 años.

7°) Que fruto de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, "las Provincias recuperan el poder originario sobre el subsuelo", lo

que, conforme se indica precisamente a fs. 606, "en la práctica significó la transferencia" de las áreas concesionadas, a las respectivas jurisdicciones provinciales, en este caso Jujuy, por lo que "mediante el decreto n° 687/02 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Jujuy se autorizó la cesión de la concesión del Yacimiento Caimancito operado por la UTE PETRÓLEOS SUDAMERICANOS S.A. – NECON S.A. a favor de PLUSPETROL SA."

Asimismo, mediante decreto 9347/2011 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Jujuy, se autorizó un nuevo traspaso de la concesión del Yacimiento Caimancito a favor de JHP INTERNATIONAL PETROLEUM ENGINEERING LTD.

8°) Que finalmente, con fecha 14 de junio de 2013, JHP INTERNATIONAL PETROLEUM ENGINEERING LTD firmó una carta intención en donde le cedió a PETRO SA, todos los derechos, acciones y obligaciones relacionados al área, decidiéndose constituir a tal fin la UTE JEMSE- PETRO AP SA- CAIMANCITO, la cual se instrumentó el 29 de octubre de 2014, con una vigencia de 24 años, aunque según lo considera el Gobierno de la Provincia de Jujuy, a fs. 606, omitió "serias formalidades que hacen a la misma sin valor legal", que desarrolla más adelante.

9°) Que en relación con el pozo Caimancito E-3, ubicado en Concesiones Área CON- 4 (fs. 606), en 1969/1970, YPF S.E. perforó el mencionado pozo (fs. 597) resultando estéril y siendo abandonado conforme la normativa vigente en ese momento (Decreto-Ley N° 33.598).

Según resulta de fs. 606, en el año 1995, por decreto 173 del Poder Ejecutivo Nacional se otorgó a las empresas HINTON PRODUCTION CO. W.B. HINTON DRILLING CO, HINTON ARGENTINA SA Y PETJA SA un permiso de exploración sobre el área.

Con fecha 6 de noviembre de 1995, HINTON ARGENTINA cambió su denominación social a REEF ARGENTINA SA y posteriormente, a DIADEMA DEL NORTE SA, ambas continuadoras de la primera.

Por Decisión Administrativa 186/97, la Jefatura de Gabinete de Ministros autorizó la cesión de un porcentaje de las participaciones de las empresas W.B. HINTON DRILLING CO, HINTON PRODUCTION

CO Y PET-JA SA a favor de REEF ARGENTINA SA. Durante 1998 por Decisión Administrativa N° 83 los titulares del permiso de exploración pasaron a ser: DIADEMA DEL NORTE SA, CÍA GENERAL DE COMBUSTIBLES SA, PET- JA SA y HINTON PRODUCCION CO.

Con fecha 14 de noviembre de 2006 las empresas CÍA GENERAL DE COMBUSTIBLES SA y DIADEMA DEL NORTE SA transfirieron a GRAN TIERRA ENERGY ARGENTINA SA, la totalidad de su participación en la concesión de la explotación del lote, por lo cual las empresas GRAN TIERRA ENERGY ARGENTINA SA, HINTON PRUDCTION CO y PET- JET SA solicitaron una nueva concesión de explotación sobre el presente lote.

Por último, con fecha 23 de octubre de 2009 se decidió por resolución de la Secretaria de Energía N° 12/09 otorgar la concesión a las empresas referidas en el párrafo anterior.

10°) Que la Provincia de Jujuy llevó a cabo el llamado a licitación pública de la obra mencionada "Pozo YPF. JJ.CA.e-3 (Jujuy, Caimancito: Prevención y mitigación de efectos nocivos sobre el ambiente y restauración de los sistemas ecológicos del área afectada", en la zona colindante al Arroyo Yuto y al Parque Nacional Calilegua, localidad Yuto, Departamento Ledesma, ver fs. 607). Posteriormente, se llevó a cabo licitación privada y finalmente contratación, dándose inicio a las obras el día 20 de marzo de 2018, de acuerdo a fs. 608 del informe de la Provincia de Jujuy.

Que a fs. 610/613, la Provincia de Jujuy, sostiene que el contrato de explotación respecto de los pozos existentes en el lugar (Yacimiento CAIMANCITO Y CONCESIONES ÁREA CON-3), concluye en agosto de 2017, sin que exista reconocimiento legal de su prórroga.

11°) Que en cumplimiento de la diligencia preliminar ordenada por este Tribunal, la Comisión Regional del Río Bermejo (COREBE) a fs. 302, informó que, no cuenta con registros de actuaciones relativas al relevamiento de impactos ambientales en relación con la explotación petrolífera del yacimiento Caimancito.

12°) Que el Estado Nacional, a través del Ministerio de Energía de la Nación y la Subsecretaría de Recursos Hidrocarburíferos, hizo

su presentación adjuntando (I) informes ambientales (según Resoluciones SE Nos. 24/2004 y 25/2004); (II)Producción e inversiones (según resoluciones SE Nos. 319/1993 y 2057/2005); (III) certificaciones de reservas y recursos hidrocarburíferos (resoluciones SE Nos. 468/98 y 324/2006) ; (IV) registro de empresas de exploración y explotación de Hidrocarburos (Resolución SE Nos. 407/2007) (fs. 305 y vta.). Asimismo recordó que a partir de la promulgación de la ley 26.197, son los Estados Provinciales quienes ejercen el control efectivo de los yacimientos ubicados en sus territorios.

13°) Que la Administración de Parques Nacionales (APN) se presentó respondiendo los requerimientos del Tribunal a fs. 308.

Afirmó que desde el año 1979 a la actualidad, el personal del Parque Nacional Calilegua llevó adelante tareas de fiscalización y control del yacimiento, a los efectos de prevenir y evitar eventos no deseados sobre el ambiente, hasta el año 1994, momento de creación de la Delegación Regional Nordeste con sede en la ciudad de Salta, que sumó su personal técnico al acompañamiento de estos trabajos.

Informó que el Yacimiento Caimancito pertenece al área de Concesión CNOA-3 y que su superficie de 5700 has, se solapa en un 90% con el Parque Nacional Calilegua. Actualmente las instalaciones de dicho Yacimiento incluyen: Batería Caimancito compuesta por Batería colectora, Planta de Tratamiento de Crudo, Planta de compresión y Tratamiento de Gas; Planta de Almacenamiento, incluyendo el cargadero de petróleo. En cuanto a los pozos, dan cuenta de 12 pozos productores sobre los 32 existentes en el Yacimiento. Todos son petrolíferos surgentes. Existen además 4 pozos en estudio y 16 pozos inactivos.

14°) Que la Administración de Parques Nacionales dio cuenta de que su actividad se centra básicamente en la verificación de las condiciones de la infraestructura de extracción y conducción de petróleo para prevenir roturas que dieran lugar a derrames y en la detección temprana de pérdidas, hecho que –afirman- evitó numerosas situaciones de riesgo ambiental, no detectadas de manera temprana por las empresas.

Agregó que las tareas de mantenimiento de pozos fueron sometidas a evaluaciones ambientales realizadas por profesionales de la APN y aprobadas en la medida en que sus impactos negativos resul-

taran mitigables. Comunicó que siempre se ha contado con auditorias de la actividad, que han radicado diferentes denuncias ante la Justicia Federal de Jujuy, además de presentaciones e intimaciones a las autoridades provinciales, por irregularidades en la gestión ambiental del yacimiento, con la correspondiente realización de cálculos de daño ambiental a efectos de establecer las multas correspondientes ante eventos de contaminación por derrames o apeo no autorizado de árboles. Todas estas actuaciones que ascienden a más de 100, entre informes, presentaciones, denuncias, auditorías, etc., han quedado compiladas en el Expte. 1598/11 en casa Central. (fs. 313)

15°) Que si bien dijeron que, desde la gestión de YPF hasta la fecha, la operatoria del yacimiento evolucionó favorablemente en materia de gestión ambiental debido, fundamentalmente, a que en las últimas dos décadas se elevaron los estándares de la actividad a nivel internacional y la APN incrementó el control, también manifestaron la falta de inversiones destinadas a mejorar la infraestructura asociada a la explotación, mucha de la cual tiene más de 40 años y representa un importante riesgo ambiental, cuestión que se ve agravada por el incumplimiento por cada una de las operadoras del requerimiento que les fuera hecho en relación con el plan detallado del trabajo a desarrollar a lo largo de la concesión y su correspondiente plan de impacto ambiental.

Que en relación con la remediación pretendida por los actores y destacada en el informe de APN, las tareas de mitigación exigidas por ésta última, han estado referidas a las distintas actividades que se desarrollan en el lugar, tales como reparación de líneas de conducción, limpieza de locaciones, remoción de residuos peligrosos, saneamiento de suelos empetrolados (fs. 323 a 327,331), todas derivaciones de un yacimiento en operación, “pero insuficientes” para alcanzar los principales pasivos ambientales que resultarán una vez que cese la explotación, que sostiene, “tendrá lugar- el día del efectivo cese de la explotación con su correspondiente plan de cierre”.

Que a fs. 328/332 obra un relevamiento ambiental expeditivo que da cuenta de que “en el área Caimancito del P.N.C conviven dos realidades relevantes”, por cuanto se trata de un lugar de alto valor en materia de conservación de la biodiversidad de la Yungas en el que hace décadas se desarrolla una explotación petrolera, actividad “que, por su propia naturaleza y características, entraña serios riesgos ambientales”.

16°) Que, a fs. 360/371, obra copia de la Nota D.P 2804, del 7 de octubre de 2015, y de la resolución D.O N° 0067/15, fruto de una investigación realizada de oficio por la Defensoría del Pueblo de la Nación, sobre el impacto ambiental generado por el Pozo Caimancito e-3, Provincia de Jujuy.

Indica que "el mencionado pozo se ubica a unos 200 metros fuera del límite norte del Parque Nacional Calilegua (PNC) y a escasos metros del Arroyo Yuto, que aguas abajo ingresa en el PNC y desemboca en el Río San Francisco, afluente del Río Bermejo".

A efectos de la mencionada investigación, se solicitó información a la Administración de Parques Nacionales, a la Dirección Provincial de Minería y Recursos Energéticos de Jujuy, a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales de Jujuy, a la Secretaría de Energía de la Nación, a la Secretaría de Desarrollo Sustentable de la Nación, a la Secretaría Legal y Administrativa del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación.

De dichos informes surge que, ya en el año 1997, en ocasión de un Monitoreo Ecológico Bimestral del Área Con-4- Río Colorado, la entonces Secretaría de Minería, Industria y Recursos Energéticos de Salta (fs. 363) constató que el pozo "en algún momento había colapsado produciéndose un escape y derrame de agua termal con delgadas películas de crudo que drenan hacia un arroyo de agua dulce con la consiguiente contaminación" (fs. 12/13 del Expediente APN N° 1517/2000).

Que en el año 2000, de una recorrida de la zona donde se encuentra emplazado el mencionado pozo (fs. 2/3 del expediente APN 1517/2000), un guardaparque de APN, constató que la plataforma de cemento que rodeaba el pozo se encontraba descalzada y que a unos 4 metros existía otro pozo de donde surgía abundante agua, que contenía una temperatura de alrededor de 60 grados centígrados con fuerte olor a hidrocarburos y alta salinidad.

Que el guardaparque, en su informe manifestó que "resulta evidente el impacto de estas aguas contaminadas, al menos en un tramo recorrido del arroyo Yuto, a partir de la confluencia con la quebrada del Pozo 3 aguas arriba son muy abundantes peces y renacuajos, pero aguas abajo, habiendo recorrido 400 m., mirando con detenimiento, no se encontró ningún ejemplar" (fs. 363).

Que la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, también coincidió en que el agua proveniente de ese pozo es extremadamente salina (más de 100 g/litro), con una temperatura de 60/70 grados centígrados, con presencia de cobre y un contenido de sales disueltas que tornaba el efluente en "residuo peligroso" conforme el Anexo I de la Ley 24051 Categoría sometida a control Y22 "Compuestos de cobre" y la característica de peligrosidad H12 "Ecotóxico", según el Anexo II de la ley, manifestando que este efluente estaba afectando en forma negativa al Arroyo Yuto, curso de agua que atraviesa un sector del Parque Nacional Calilegua y desemboca en el Río San Francisco, afluente del Río Bermejo, provocando su efectiva degradación.

El riesgo ambiental que representa el yacimiento ha sido reconocido por el Estado Nacional en el Informe del Jefe de Gabinete de Ministros a la Cámara de Diputados de la Nación de 2014 (Informe JGM No 86, 2014), en el que se indica que: *"... los pozos abandonados sin el adecuado sellado (Res SEyC 5/96) corren riesgos de sufrir daños en su estructura con el paso del tiempo y dar lugar a derrames de hidrocarburos y aguas de formación, elementos ambos muy contaminantes a nivel de suelo y agua. Otros riesgos asociados a la explotación petrolera en el Yacimiento Caimancito son la posible contaminación por derrame de petróleo por rotura de ductos, piletas o arboles de producción, la probabilidad de ocurrencia de incendios, entre otros […]. Dos tercios de los pozos se encuentran inactivos, muchos de los cuales generan serios riesgos por el abandono durante décadas. Asimismo, hay más de 24 kilómetros de oleoductos y 8 kilómetros de gasoductos que corren a lo largo de toda el área protegida."*

Las actuaciones concluyeron que el pozo Caimancito E-3 constituye un grave problema ambiental puesto que afecta a un área de alto valor ecológico, comprometiendo el derecho a un ambiente sano reconocido en el artículo 41 de la Constitucional Nacional.

De acuerdo con los datos proporcionados, la Provincia de Jujuy llamó a licitación pública primero y luego privada, denominada Pozo YPF. Jj SAE-3 (Jujuy Caimancito) que resultó en una contratación y posterior comienzo de obras el 20 de marzo de 2018 para la "Prevención y mitigación de efectos nocivos sobre el ambiente y restauración de los sistemas ecológicos del área afectada". En el portal oficial de la Provincia de Jujuy (http://prensa.jujuy.gob.ar/2018/06/07/cese-de-la-conta-

minacion-petrolera-en-parque-nacional-calilegua/), se anuncia que el progreso de esta obra está en más de un 50% de avance.

17°) Que el 10 de julio de 1979, por Decreto Nacional 1733 se creó el Parque Nacional Calilegua en el Departamento Ledesma de la Provincia de Jujuy, a partir de una donación de tierras efectuada por las empresas Ledesma SAAI y Calilegua SAAI a la provincia de Jujuy, que ésta a su vez donó al Estado Nacional por Decreto Ley 3586/78 con cargo a la creación de un Parque Nacional y afectación a la entonces Ley de Parques Nacionales 18.594 (fs. 609), para conservar a perpetuidad 76306 hectáreas de la ecorregión de las Yungas Australes de Argentina. Dicha superficie incluyó un yacimiento petrolero explotado por Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) desde el año 1969, conocido a nivel nacional e internacional como "Caimancito". Su inclusión en el recién creado Parque Nacional se debió a que los equipos técnicos que elaboraron la propuesta de creación del Parque lo incluyeron en el diseño del área protegida, por entender que pese a la existencia de un yacimiento petrolero, el sitio donde este se emplazaba resultaba de altísimo valor de conservación por su buena condición ambiental y rica biodiversidad. Fundamentaron aún más esta decisión, al considerar que se trataba de un yacimiento en claro declive conforme las tecnologías de la época, emplazado en uno de los pocos remanentes de la Selva Pedemontana existentes en la región (fs. 310).

El Parque Nacional Calilegua fue creado con el cargo de proteger una porción de la unidad biogeográfica de las Yungas, perteneciente al Dominio Amazónico. Junto con la selva paranaense y la región del Chaco, las Yungas poseen la mayor biodiversidad de Argentina, su superficie de 76305 hectáreas lo convierte en el área protegida más grande en nuestro país dedicada a la conservación de las selvas tropicales de la montaña. El gran valor ecológico que posee este ambiente está dado por la altísima representatividad de especies a nivel nacional y el elevado número de especies exclusivas. En cuanto a la fauna silvestre, la Administración de Parques Nacionales da cuenta de la presencia por avistajes y huellas de Yaguareté, Puma, Ocelote, Tapir, Corzuela Colorada, Pecarí Collar, Pecarí Labiado, Mayuato, Acutí, Mono Caí, Zorro de monte, Zorro gris, Coati, Iguana colorada, Pava de monte, Burgo, Tucán, Urraca (fs. 330). Asimismo, conforme con las leyes 24702 y 25463, la Yaruka y el Yaguareté –ambos habitantes del Parque Nacional Calilegua- fueron declarados monumentos nacionales en los términos del artículo 8 de la ley 22351.

En el año 1990, el Decreto Nacional 2149 lo declaró Reserva Natural Estricta, que son aquellas en las que se localizan los últimos reductos poblacionales de ciertas especies animales o vegetales autóctonas o que conservan una variada sucesión de ecosistemas característicos.

Por su parte, en el año 2002, la Reserva de las Yungas fue incorporada a la Red Mundial de Reservas de la Biósfera por la UNESCO (fs. 573-575).

18°) Que la Administración de Parques Nacionales remarca la importancia del marco normativo aplicable a la materia, el cual está constituido por: "la Ley de Parques Nacionales N° 22351 (arts. 4 y 5), Ley 26331 (Bosques Nativos), Ley 17319 (Hidrocarburos), Ley 25675 (Ley General del Ambiente) y la ley provincial n° 5889 dictada por la legislatura de Jujuy que dispone el cese de la actividad hidrocarburífera" (fs. 469).

Del juego armónico de la regulación aplicable surgiría que la actividad petrolera dentro de un Parque Nacional está expresamente prohibida por la Ley 22.351 de Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales y viola las Leyes 17.319 de Hidrocarburos, 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de Bosques Nativos y 25.675, Ley General del Ambiente.

Esta situación ha sido reconocida en 2016 por el Consejo Federal de Medio Ambiente, quien declaró de interés federal la remediación del Parque Nacional Calilegua (Declaración COFEMA 2/2016, 19 de mayo de 2016).

En todas las áreas protegidas, la actividad humana está restringida y subordinada a la conservación quedando sujeta a un régimen especial y distinto a todos aquellos espacios no declarados protegidos, ya que la finalidad de los parques nacionales es la preservación del ambiente y del ecosistema.

19º) Que la provincia de Jujuy a partir de la sanción de la ley 5889, dejó sin efecto decretos, normas, contratos y demás actos que hubiesen permitido o reglamentado la explotación hidrocarburífera en el Parque Nacional Calilegua y facultó al Poder Ejecutivo Provincial a disponer el cese de la actividad mencionada y a dictar los actos nece-

sarios a fin de atender y regular las consecuencias jurídicas y de hecho que derivaran de la misma, como así también a demandar en forma judicial y extrajudicial el cierre de los pozos petroleros ubicados en el Parque Nacional Calilegua y demás acciones que resultaran necesarias para remediar los pasivos ambientales derivados de la explotación hidrocarburífera.

20º) Que en ejercicio de sus funciones, mediante el dictado del decreto nº 683/2016, el Poder Ejecutivo Provincial encomendó: (a) al Ministerio de Ambiente de Jujuy, la elaboración de un informe de relevamiento del daño ambiental ocasionado por la explotación hidrocarburífera en el Parque Nacional Calilegua y un plan preliminar de remediación ambiental de los componentes del ambiente dañados; (b) a la Secretaria de Minería e Hidrocarburos un informe pormenorizado de todos los actos que se hubiesen dictado autorizando la explotación hidrocarburífera en el Parque Nacional Calilegua; de las condiciones técnicas para el retiro de la empresa concesionaria y clausura definitiva de los pozos petroleros existentes y (c) al Ministerio de Ambiente de la Nación y la Administración de Parques Nacionales a integrar junto con el Ministerio de Ambiente de la Provincia una comisión técnica ad hoc para la inspección y evaluación del daño ambiental y la proposición del Plan de remediación ambiental del área del Parque Nacional Calilegua afectada por la explotación hidrocarburífera.

21°) Que, por disposición de la legislación provincial mencionada, la empresa PETRO AP presentó, en fecha 24 de abril de 2017, un Proyecto de Plan de Cierre Sustentable de Yacimiento Caimancito ante la Secretaría de Minería e Hidrocarburos de la Provincia de Jujuy que se puso en conocimiento de la APN para su valoración pero resultó rechazado por la Secretaría de Minería e Hidrocarburos de la Provincia por no cumplir con la normativa ambiental vigente y en particular con la Resolución 5/96 de la Secretaría de Energía de la Nación.

22°) Que mediante decreto provincial 4442, de fecha 31 de julio de 2017, se confirmó la conclusión del contrato de concesión con la empresa JHP International Petroleum Engineering en el área CNO-3 Caimancito, se aprobó la resolución de 22 SMeH 2017 que rechazó el proyecto de plan de Cierre del área CON-3 Petro AP S.A., se estableció un plazo de 120 (ciento veinte) días corridos para la presentación del plan ejecutivo de cese, abandono de pozos y remediación ambiental del área CON-3 Caimancito y se intimó a las empresas PETRO AP S.A.

y Jujuy energía y Minería Sociedad del Estado y JHP International Petroleum Engineering Ltd. a fin de que acrediten su situación legal de acuerdo con las normativas vigente.

23°) Que la provincia de Jujuy interpuso, ante el Juzgado Federal de Primera Instancia nº 2 de Jujuy, demanda cautelar que fue concedida en fecha 21 de Diciembre de 2017, de embargo preventivo sobre el inmueble ubicado en la finca San Lorenzo, Caimancito, como también sobre los bienes que se encuentren ubicados en el área CON-3 Caimancito y que fueran propiedad de la accionada. Asimismo solicitó que la empresa se abstuviera de alterar el estado de hecho del yacimiento y de los pozos hidrocarburíferos situados en el Parque Nacional Calilegua previa constatación del estado existente en la zona en cuestión. Con esta medida pretendió resguardarse del posible incumplimiento en el cese de la explotación, omisión de la empresa en cuanto a la remediación ambiental y la alteración del estado en que se encuentran los pozos con los riesgos que esto supone para la salud de las personas y el medio ambiente.

24°) Que por Decreto Nº 5878-DEyP-17, del 29 de Diciembre de 2017, el Poder Ejecutivo Provincial resolvió ratificar las Resoluciones SMeH Nº 44 y Nº 45/2017 dictadas por la Secretaría de Minería e Hidrocarburos de la Provincia que tuvo por incumplida la presentación del plan de cese de explotación, abandono de pozos y remediación ambiental del área CON-3 Caimancito, así como la falta de pago de las regalías por la producción de crudo y gas con más los intereses y multas debidas, rechazó definitivamente el plan ejecutivo de cese, abandono de pozos y remediación ambiental del área CON-3 Caimancito de la empresa PETRO AP S.A., y dispuso la caducidad de la concesión a esa empresa sobre el área CON-3 Caimancito y la reversión de dicha zona a favor de la empresa estatal Jujuy Energía y Minería Sociedad del Estado J.E.M.S.E. (fs. 632)

25°) Que en virtud de lo dispuesto por la ley provincial 5889, Decreto 683/2016, por Resolución Nº 35/2016/M se creó un Comité Técnico Ad Hoc para la realización de la inspección y evaluación de los daños ambientales y la proposición del plan de remediación ambiental del área del Parque Nacional Calilegua y sus zonas aledañas afectadas por la explotación de hidrocarburos, integrada por un representante del Ministerio de Ambiente de la Nación, un representante de la Administración de Parques Nacionales, un representante del Ministerio

de Minería y Energía de la Nación, un representante de la Secretaría de Minería e Hidrocarburos de la Provincia de Jujuy, un representante del Ministerio de Economía y Finanzas públicas de la Nación, un representante del Ministerio de Ambiente de la Provincia de Jujuy y un representante del Parque Nacional Calilegua.

Este comité realizó varias reuniones que dan cuenta de las gestiones tendientes a evaluar el proceso de cese de explotación y cierre definitivo de los pozos, así como también la remediación del área del pozo E-3 y las posibles acciones legales de responsabilidad derivada de la explotación en cuestión. Las mismas tuvieron lugar en abril, junio y septiembre de 2016.

El día 4 de julio de 2016 se realizó una reunión con autoridades del Ministerio de Ambiente de la Nación, el Gobernador de la Provincia de Jujuy y representantes de YPF. De dicha reunión surgió un borrador de acuerdo de colaboración entre la empresa y la provincia que no se suscribió por no cumplir con las previsiones de carácter ambiental contenidas en la ley 25.675.

26º) Que a los fines de evaluar la procedencia de la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional en el carácter federal que se le asigna a la materia, sobre la base de la pretendida interjurisdiccionalidad, basta con la exposición de los hechos y los datos suministrados en los informes presentados ante este tribunal (Fallos:327:3880).

Según surge de la información proporcionada, la alegada contaminación proveniente del pozo E-3, cuyos efluentes desaguan en el arroyo Yuto, importaría el compromiso de un recurso interjurisdiccional, ya que éste último es afluente del Rio San Francisco, atravesando en un tramo al Parque Nacional Calilegua e impactando finalmente en la Cuenca hidrográfica del Rio Bermejo que abarca las provincias de Chaco, Formosa, Jujuy y Salta. En este punto se debe poner de resalto que el artículo 3º de la ley 25.688- del Régimen de Gestión Ambiental de Aguas-establece que las cuencas hídricas son una "...unidad ambiental de gestión de recurso" y se consideran indivisibles (Fallos: 331:1243), configurando un supuesto de competencia originaria ratione materiae.

Por otro lado, la contaminación denunciada dentro del Parque Nacional Calilegua, que se produciría por la actividad hidrocarburifera

desplegada en una Reserva Estricta, de alto contenido de biodiversidad lleva a plantear la necesidad de accionar la cláusula constitucional de protección ambiental ya que "el reconocimiento de estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 de la CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente (Fallos: 329:2390).

Que resulta suficiente para concluir también en la competencia originaria de esta Corte constatar que, una repartición autárquica del Estado Nacional –la Administración de Parques Nacionales- y un estado provincial –la Provincia de Jujuy- son parte en el pleito (Fallos: 312:389, entre otros).

Que, en tales circunstancias, es aplicable la jurisprudencia de esta Corte según la cual sobre la base del derecho de la Nación –o una entidad nacional- al fuero federal y el de la Provincia a la jurisdicción originaria del Tribunal (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional), una solución que satisfaga esas prerrogativas jurisdiccionales conduce a declarar la competencia de la Corte Suprema.

Que, tal como ya ha dicho el Tribunal, el proceso corresponde a la jurisdicción federal tanto ratione personae como ratione materiae si se encuentra demandado el Estado Nacional y, según surge de los términos de la demanda, los procesos contaminantes afectan fuertemente un recurso en los términos del art. 7 de la Ley 25.675. (Fallos: 327:3880).

27°) Que en el presente caso el Tribunal considera que se configuran los presupuestos necesarios para hacer lugar a la medida cautelar solicitada.

Que la apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) y el peligro en la demora (periculum in mora), la necesidad de prevenir y de hacer lugar a la cautelar para impedir la producción de un daño ambiental de incidencia colectiva (artículo 27 ley 25.675 General del Ambiente) o como en el caso, que continúe o se agrave la degradación del ambiente (artículos 1710 y 1711, del Código Civil y Comercial), está dada no sólo

en la alegación de los hechos -de por sí elocuentes de la gravedad de la situación - sino también por la prueba aportada a requerimiento de esta Corte en esta etapa introductoria del proceso, que acredita en grado de suficiente verosimilitud que se estaría contaminando el arroyo Yuto de la Provincia de Jujuy, por causa del derrame en el pozo petrolero Ca.e3 –ubicado en las proximidades del Parque Calilegua-, que se encuentra en estado de abandono desde 1970.

También resulta verosímil la afirmación acerca del desarrollo de una actividad manifiestamente ilegal en el Parque Nacional Calilegua – consistente en la producción petrolera - por haber vencido, en apariencia, el plazo de la concesión a fines del 2017 y porque la misma vulnera de manera patente, expresas prohibiciones contenidas en los términos del artículo 41 de la Constitución Nacional y de las leyes Nº 22.351 (Ley de Parques Nacionales),17.319 (ley de Hidrocarburos), 26.331 (Bosques Nativos) y 25.675 (Ley General del Ambiente) y del decreto 2148/90 que regula las Reservas Naturales Estrictas.

En el mismo sentido, y en orden a la efectividad de esa protección, el artículo 240 en nuestra legislación civil y comercial, establece como limite al ejercicio de los derechos individuales, la preservación del funcionamiento y la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

28°)Que habría afectación del Parque Nacional Calilegua, entre otras razones, por la deficiente infraestructura para el desarrollo de la explotación petrolera en dicha área, puesta de manifiesto por ejemplo, en la presencia de caminos y picadas -que interfieren el escurrimiento natural de las aguas y generan inestabilidad de las laderas, con el consecuente proceso erosivo del suelo-, baterías, conducciones, y piletas de petróleo o residuos petrolíferos - algunas de las cuales tienen más de 40 años de antigüedad (fs. 315), con bajo mantenimiento - y locaciones de pozos – que según informa APN, serían 12 activos sobre 32 pozos petrolíferos surgentes, 4 en estudio, y 16 inactivos (fs. 311), todo lo cual debe cesar provisoriamente como actividad generadora de daño ambiental colectivo (artículo 30 in fine, ley 25.675), con carácter urgente, mediante la adopción de resoluciones que conduzcan a este efecto, y disponer la suspensión de la actividad en cuestión, hasta que se resuelva la causa en definitiva.

Que prueba de lo expuesto resulta el amplio informe de la Administración de Parques Nacionales (fs. 308), del Ministerio de Ambiente de Jujuy (fs. 566), el informe de la Defensoría de Pueblo (fs. 362), concordante con las actuaciones de la Justicia Federal (con cautelares en ese sentido) (fs. 489 y fs. 639), las leyes, decretos y resoluciones adoptadas por la Provincia de Jujuy (fs. 411, 412, 420 vta. a 422 vta., 423 y 426), y hasta la conducta observada por empresas involucradas en el caso, que por ejemplo, propusieron un Plan de Cierre de pozos petroleros (fs. 427 y 429).

29°) Que en conclusión, es convicción de esta Corte, que resulta manifiestamente verosímil: a) que habría una afectación severa o contaminación por derrame de un pozo petrolero abandonado, de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional, -del bien colectivo ambiental, identificado como una cuenca hídrica, compuesta en su conjunto y unidad ecosistémica, por el Arroyo Yuto, afluente del Río San Francisco, que desagua en la Cuenca del Río Bermejo; b) que habría efectiva degradación ambiental o afectación, de un área natural especialmente protegida, categorizada legalmente como Reserva Natural Estricta, Parque Nacional Calilegua, en la Provincia de Jujuy, cuya conservación es prioritaria, no sólo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras. En ese sentido, es doctrina de la Corte (Fallos: 340:1695), que se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente.

30°) Que la solución del caso requiere la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales. Ello es asi porque los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales (Fallos: 340:1695).

31°) Que se ve configurado también en autos el otro requisito de las decisiones cautelares, el peligro en la demora, ya que de la información aportada surge que la actividad, si bien ha ido disminuyendo, importaría una continua degradación que solo desaparecerá con el cierre definitivo de la explotación (fs. 319) y si bien es cierto que existe legislación provincial que lo exige, a la fecha no parecería contar con un plan de trabajo con identificación de pasivos ambientales, plazos ciertos de implementación y costos de la actividad.

El Parque Nacional Calilegua, presenta características de mega-diversidad biológica, donde se localizan reductos poblacionales de ciertas especies animales -mamíferos de alto valor de conservación-, como el yaguareté, puma, pecarí labiado, tapir, zorro gris, u otros, como el tucán, pava del monte, iguana, urraca, y vegetales autóctonos.

Se trata desde el punto de vista del ecosistema, de un área vulnerable o sensible a la actividad antrópica, una Reserva Natural Estricta, que debe ser objeto de una enérgica protección jurídica, porque representa uno de los pocos remanentes de la Selva Pedemontana, como el que caracteriza la ECO-Región Yungas, con un paisaje, además, de extraordinaria y singular belleza que igualmente merece la tutela del derecho.

Esta Corte, en un reciente pronunciamiento de relevancia en la especialidad (Fallos: 340:1695), dijo que esta calificación del caso exige, por lo tanto, una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una medida enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan.

32°) Que conforme la doctrina del precedente antes citado (Fallos: 340:1695), se puede sostener de manera más amplia que la regulación jurídica en casos que involucran a los recursos naturales, recursos ambientales o los sistemas ecológicos, como los denomina la Ley General del Ambiente 25675 (artículos 2°, incisos a, d, e, enunciación de los principios de solidaridad y cooperación, y en el artículo 7°) -bienes colectivos ambientales, objeto de los derechos ambientales de incidencia colectiva- se ha basado en un modelo antropocéntrico.

Esta visión ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación de estos bienes colectivos ambientales, es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (Fallos: 340:1695). El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario (Fallos: 340:1695).

33°) Que la Constitución Nacional en su afán de proteger el ambiente, permite afirmar la existencia de deberes positivos (Fallos: 340:1695), entre los cuales se destaca el deber de preservarlo. En el derecho infra-constitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado (Fallos: 340:1695).

La ley 25675 General del Ambiente, establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (artículo 1°)

En ese sentido la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras (Fallos: 329:2316).

34°) Que debe aplicarse, de manera prioritaria, el principio de prevención (artículo 4°, ley 25.675 General del Ambiente) y en la duda técnica el principio precautorio (Fallos: 337:1361, considerando 12, in fine), que dan fuerza y justifican la anticipación de la prestación jurisdiccional, mediante la cautelar de cesación y suspensión de la actividad petrolera, en el Parque Nacional Calilegua y en el pozo Ca.e3, que se ordena por esta Corte.

El derecho ambiental, dentro del cual se inscribe -como es del caso- la necesaria defensa de los Parques Nacionales y de las Reservas Estrictas, frente a actividades prohibidas, tiene en nuestro sistema legal, jerarquía y tutela constitucional (artículo 41 Constitución Nacional). La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del estado de derecho (Fallos: 339:515). Esto se ve reforzado en la idea de que a la luz del principio precautorio, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente -art 4°, ley 25.675-.

Más aun cuando, como en el caso, estamos en presencia de una reserva de biodiversidad, cuya protección está directamente vinculada con la explotación que hace el hombre de estos recursos y la necesidad de protección ante la pérdida irreparable y definitiva de estos.

En efecto, al tratarse de la protección de un Parque Nacional considerada Reserva de Biosfera y parte integrante de una cuenca hídrica, se debe considerar en el dictado de una medida de esta naturaleza, la aplicación del principio in dubio pro natura que establece que "en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios de los mismos" (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza -UICN- , Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016).

Conjuntamente con el principio In Dubio Pro Aqua, consistente con el principio In Dubio Pro Natura, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos. (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasilia Declaration of Judges on Water Justice. Brasilia, 21 de marzo de 2018).

En conclusión, tanto para el caso del pozo Caimancito E-3, como para la explotación llevada a cabo dentro del Parque Nacional, las consideraciones acerca del cese definitivo de la actividad deben ser consistentes con los principios enumerados precedentemente.

35°) Que concurrentemente, numerosas normas de aplicación al caso, dan fundamento procesal de lo resuelto favorablemente: los artículos 195 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículos 1°, 4° inciso 3, 5° segundo párrafo, y concordantes de la ley 26.854, medidas cautelares en las causas en que es parte o interviene el Estado Nacional, por tratarse en el caso de la eficacia en la defensa de un derecho ambiental, y en lo sustancial, los artículos 32 de

la Ley 25675 General del Ambiente, y artículos 710, 711 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación.

Estando reunidos los requisitos de procedencia de la cautelar, en el caso, no corresponde exigir contra-cautela real.

La manifiesta verosimilitud del derecho, la relevancia del bien colectivo en juego (Parque Nacional Calilegua), la urgencia en la necesidad de adoptar medidas de prevención, y el ejercicio de las amplias facultades judiciales, dispuestas en el artículo 32 de la Ley 25675, que diseña un papel del juez alejado de la figura del juez espectador, del proceso adversarial clásico, así lo justifican. Por ello: "El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, aun con carácter precautorio, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá asimismo disponerlas, sin petición de parte" (artículo 32, Ley 25.675)

En tal contexto, no puede desconocerse que en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de su propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador (Fallos: 329:3493; 339:201).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar la competencia de esta Corte para conocer en esta causa por vía de su instancia originaria. II. Hacer lugar a la medida cautelar con el alcance solicitado. III. Requerir al Estado Nacional (Secretaría de Energía de la Nación); a la Administración de Parques Nacionales y a la Provincia de Jujuy el informe circunstanciado que prevé el artículo 8° de la ley 16.986, que deberá ser contestado en todos los casos en el plazo de 30 (treinta) días (arg. Art. 9°, Ley 25.344). Para su comunicación, líbrense los oficios correspondientes. Para su comunicación al Señor Gobernador de la Provincia de Jujuy y al señor Fiscal de Estado, líbrese oficio al señor juez federal

en turno. (art. 341 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia) – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Disidencia de la Señora Vicepresidenta Doctora Doña Elena I. Highton de Nolasco.

Considerando:

Que el Tribunal ha reconocido la validez de la prórroga de su competencia originaria, en favor de los tribunales federales de primera instancia, en los casos en los que no se advierta la concurrencia de un interés federal o de razones institucionales de tal magnitud que hagan impostergable la intervención de esta Corte (causa "Agropecuaria Mar S.A.", Fallos: 336:2231).

Que aun cuando el derecho invocado en la demanda se encuentre fundado en normas federales, corresponde admitir la posibilidad de que también en este tipo de controversias tenga eficacia la voluntad de la provincia de litigar ante los juzgados federales de primera instancia en un caso que, en principio, podría corresponder a la competencia originaria de la Corte. En efecto, al no presentarse las razones institucionales o federales que sí fueron afirmadas, por ejemplo, en el pronunciamiento de Fallos: 333:1386 (considerando 5°, que cita a su vez los de Fallos: 315:2157 y 331:793), la solución antedicha se impone (conf. causas "Agropecuaria Mar S.A.", ya citada, y CSJ 58/2014 (50-F)/ CS1 "Fincas del Sol S.A. c/ San Juan, Provincia de y otro s/ ordinario", sentencia del 29 de abril de 2015).

Que en el *sub lite* no se ha citado aún al Estado provincial, el que, por lo tanto, no ha podido invocar todavía la prerrogativa que ostenta por mandato constitucional (arg. Fallos: 331:793, considerando 7°).

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar prematura la incompetencia decretada en autos,

por lo que deberá seguir conociendo en ellos el Juzgado Federal de Jujuy n° 2, al que se remitirán las actuaciones para la continuación del trámite procesal pertinente. A esos fines, líbrese el oficio del caso y comuníquese esta decisión a la Procuración General de la Nación.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Parte actora (única presentada): **Silvia Graciela Saavedra y Ramón Héctor Luna**, por su propio derecho, con el patrocinio letrado de la **Dra. Patricia Noelia Cazón.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de Jujuy.**

MARZO

DROGUERÍA KELLERHOFF SA c/ MUNICIPALIDAD SANTA ROSA CALAMUCHITA s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien las resoluciones dictadas en materia de competencia no constituyen sentencias definitivas recurribles por la vía del art. 14 de la ley 48, cabe apartarse de dicho principio cuando la decisión apelada deniega el fuero federal reclamado por el recurrente.

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

CUESTIONES DE COMPETENCIA

A los fines de dilucidar cuestiones de competencia, ha de estarse, en primer lugar, a los hechos que se relatan en el escrito de demanda y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como fundamento de la pretensión.

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

COMPETENCIA FEDERAL

Es competente la justicia federal de la provincia para entender en la causa donde se cuestiona una norma municipal que exige a la actora inscribirse en un registro local y abonar una tasa, en concepto de derechos de inspección veterinaria, bromatológica, química y control higiénico sobre productos alimenticios y de consumo, como condición para ingresar al ejido municipal su carga de medicamentos y ésta invoca puntualmente que esa conducta es contraria a lo establecido en la ley nacional de medicamentos (16.463 y su decreto reglamentario) y viola lo establecido en los arts. 9, 10, 11, 14, 31 y 75, inc. 13, de la Constitución Nacional, pues el planteo se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales, por lo que la cuestión federal es la predominante en la causa.

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

COMPETENCIA FEDERAL

Aunque la actora dirige su acción de inconstitucionalidad contra normas locales (art. 207 y sgtes. del Código Tributario Municipal, ordenanza 285/85 y la ordenanza tarifaria 1678/2016), se observa que su pretensión exige -esencial e ineludiblemente- dilucidar si la actividad proveniente de la autoridad municipal interfiere en el ámbito que le es propio a la Nación con respecto a la regulación del comercio interjurisdiccional (arts. 75, inc. 13) y, por lo tanto, funciona como una aduana interior prohibida en la Carta Magna, por lo que cabe asignar manifiesto contenido federal a la materia del pleito, que torna competente a la justicia nacional para entender en ella.

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

COMPETENCIA FEDERAL

Si la solución de la causa depende esencialmente de la aplicación e interpretación de normas de derecho federal debe tramitar ante la justicia federal, y que cuando la competencia de ésta surge ratione materiae es improrrogable, privativa y excluyente de los tribunales provinciales.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

A f s. 100/107, la Cámara Federal de Córdoba (Sala A), por mayoría, confirmó la sentencia de la instancia anterior que había declarado la incompetencia de la justicia federal para entender en esta acción declarativa que promovió Droguería Kellerhoff S.A. contra la Municipalidad de Santa Rosa de Calamuchita, Provincia de Córdoba, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 207 y siguientes del código tributario y de las ordenanzas 285/85 y 1678/2016 de dicho municipio. por las que se instituye la “Tasa de Inspección Veterinaria, Bromatológica, Química y Control Higiénico sobre productos alimenticios y de consumo” por entender que ellas desconocen lo establecido en la ley nacional 16.463 que regula en todo el territorio el régimen

legal de las actividades de comercialización y distribución de medicamentos, afectándose así principios y derechos constitucionales.

Para así decidir, los jueces que conformaron la mayoría sostienen que en realidad lo que aquí se pretendía poner en crisis eran ciertas atribuciones locales (poder de policía, de moralidad, salubridad y medioambiental entre otras) para el dictado de una ordenanza municipal, cuestión cuyo conocimiento es propio y privativo de los jueces provinciales.

-II-

Disconforme con tal pronunciamiento, la actora interpuso el recurso extraordinario fs. 108/125 el que fue concedido por el *a quo* a fs. 132/133, al entender que se configuraba un supuesto de denegatoria del fuero federal que habilitaba formalmente el remedio intentado.

En resumidas cuentas, planteó que el estudio de la presente causa corresponde a la justicia federal porque: a) las disposiciones locales cuestionadas contradicen normas federales (ley nacional 16. 463 y su decreto reglamentario 9763/64); b) el gobierno municipal estaría invadiendo facultades que son propias del Estado Federal en materia de poder de policía sanitario que le corresponde ejercer en todo el territorio de la República Argentina, a través de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentosy Tecnología Médica (ANMAT), y c) la conducta del municipio se encuentra en franca oposición al principio de supremacía federal, a la libertad de comerciar y a la cláusula comercial -ya que el pago de la tasa es un requisito para permitir el ingreso al ejido municipal "y/o" tránsito a otros municipios vecinos de los medicamentos que comercializa y distribuye, por lo que constituye una aduana interior- consagrados en la Constitución Nacional.

-III-

En cuanto a la procedencia formal del recurso, estimo que, si bien V.E. tiene dicho que las resoluciones dictadas en materia de competencia no constituyen sentencias definitivas recurribles por la vía del art. 14 de la ley 48, cabe apartarse de dicho principio cuando la decisión apelada deniega el fuero federal reclamado por el recurrente (Fallos: 310:1425; 323:189; 324:533; 329:5896, entre muchos otros), supuesto que se configura en el *sub lite*.

-IV-

Sentado lo anterior, conviene recordar la doctrina del Tribunal según la cual, a los fines de dilucidar cuestiones de competencia, ha de estarse, en primer lugar, a los hechos que se relatan en el escrito de demanda y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como fundamento de la pretensión (Fallos: 328:73; 329:5514).

A la luz de dicha pauta, observo que en el presente caso la actora cuestiona la conducta de la Municipalidad de Santa Rosa de Calamuchita en cuanto le exige inscribirse en un registro local y abonar una tasa, en concepto de derechos de inspección veterinaria, bromatológica, química y control higiénico sobre productos alimenticios y de consumo, como condición para ingresar al ejido municipal su carga de medicamentos destinada a distribuirse entre los clientes de la droguería en el territorio local.

La empresa invoca puntualmente que esa conducta, sustenta en normas locales, es contraria a lo establecido en la ley nacional de medicamentos (16.463 y su decreto reglamentario) y viola lo establecido en los arts. 9º, 10, 11, 14 3 y 75. inc. 13, de la Constitución Nacional; en los que se garantizan las libertades de circulación y tránsito, se prohíbe el establecimiento de aduanas interiores y se encomienda al Gobierno Federal la regulación del comercio interjurisdiccional.

Ante ello, advierto que su planteo se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales, por lo que la cuestión federal es la predominante en la causa (Fallos: 315:448; 318:2534; 319:1292; 323:1716: 323:3279, entre muchos otros).

Así entonces, aunque la actora dirige su acción de inconstitucionalidad contra normas locales (art. 207 y sgtes. del Código Tributario Municipal, ordenanza 285/85 y la ordenanza tarifaria 1678/2016), observo que su pretensión exige -esencial e ineludiblemente- dilucidar si la actividad proveniente de la autoridad municipal interfiere en el ámbito que le es propio a la Nación con respecto regulación del comercio interjurisdiccional (arts. 75, inc. 13) y, por lo tanto, funciona como una aduana interior prohibida en la Carta Magna.

En tales condiciones, cabe asignar manifiesto contenido federal a la materia del pleito, ya que lo medular del planteo que se efectúa remite necesariamente a desentrañar el sentido y los alcances de la denominada cláusula comercial (art. 75, inc. 13 de la Ley Fundamental) cuya adecuada hermenéutica resultará esencial para la justa so-

lución de la controversia y permitirá apreciar si existe la mentada violación constitucional (Fallos: 311:2154, cons. 4 º, 326:880; 330:2470; 331:2528, entre otros).

Así las cosas, desde mi punto de vista, la presente causa se encuentra entre las especialmente regidas por la Constitución Nacional, a las que alude el art. 2º, inc. 1º), de la ley 48, ya que versa sobre la preservación de las órbitas de competencia entre las jurisdicciones locales y el Gobierno Federal que determina nuestra Ley Fundamental, lo que torna competente a la justicia nacional para entender en ella (Fallos:314:508; 315:1479; 322:2624).

En línea con lo anterior, la Corte tiene reiteradamente dicho que si la solución de la causa depende esencialmente de la aplicación e interpretación de normas de derecho federal debe tramitar ante la justicia federal, y que cuando la competencia de ésta surge *ratione materiae* es improrrogable, privativa y excluyente de los tribunales provinciales (Fallos: 322:1470; 328:1248; 330: 628).

-V-

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso presentado, revocar la sentencia apelada y remitir estos autos a la justicia federal para su conocimiento. Buenos Aires, 16 de diciembre de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Droguería Kellerhoff SA c/ Municipalidad Santa Rosa Calamuchita s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad"

Considerando:

Que esta Corte comparte, en lo sustancial, los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, al cual se remite por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con el referido dictamen, se declara admisible el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se declara que resulta competente para conocer en las presentes actuaciones la justicia federal de Córdoba. Sin costas en atención a la ausencia de contradictorio. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Droguería Kellerhoff S.A.**, parte actora en autos, representada por el doctor **Raúl Santiago Guzmán Rodríguez.**

Tribunal de origen: Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, **Sala A**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia n° 1 de Córdoba**.

GONZÁLEZ KRIEGEL, MARÍA DEL CARMEN Y OTROS C/ PROVINCIA DEL CHACO S/ EJECUCIÓN DE SENTENCIA ART. 97 LEY 898

RECURSO EXTRAORDINARIO

Corresponde dejar sin efecto la resolución denegatoria del recurso extraordinario toda vez que el a quo prescindió del trámite previsto por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sin haber dado razones válidas para ello.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 8/9, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco desestimó el recurso de queja deducido por la Fiscalía de Estado de la mencionada provincia contra la resolución 257/15 dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de aquella ciudad que, a su vez, había denegado el recurso extraordinario de inconstitucionalidad previsto en la normativa provincial.

Para así decidir, el máximo tribunal local consideró que el recurso de queja no cumplía con los requisitos establecidos por la resolución 1.197/07, sancionada por el Superior Tribunal de Justicia.

En concreto, señaló que "la impugnante efectúa una presentación estructurada sobre un formato que excede los veintiséis (26) renglones establecidos por la citada norma, la cual tiene como finalidad la fácil comprensión de los recursos extraordinarios locales."

Por otro lado, indicó que la apelante no rebatió lo aseverado por la cámara en cuanto "a la falta de definitividad del fallo atacado".

Finalmente, sostuvo que el levantamiento del embargo pretendido por la demandada se basa en las mismas leyes y fundamentos que los introducidos por ella al plantear la excepción de espera en el marco del juicio de ejecución de sentencia, por lo que la resolución de dicha cuestión resultaba abstracta a raíz de las consideraciones efectuadas por ese tribunal en aquel proceso.

-II-

Disconforme con tal pronunciamiento, la Fiscalía de Estado de la provincia del Chaco interpuso el recurso extraordinario de fs. 10/20 que, denegado a fs. 21/23, origina esta presentación directa.

En síntesis, sostiene que la sentencia del Superior Tribunal incurrió en un excesivo rigor formal en la valoración de los requisitos que condicionan la admisibilidad del recurso extraordinario local, máxime si se considera el perjuicio patrimonial ocasionado a la provincia a raíz del embargo decretado sobre sus cuentas.

-III-

Es doctrina del Tribunal que la adecuada notificación de las distintas etapas fundamentales del proceso -particularmente la sentencia y el traslado del recurso extraordinario federal que dispone el art. 257, 2º párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución de la causa (Fallos: 315:283 y sus citas; 327:296; 328:1141). Así las cosas, tal sustanciación deviene condición necesaria de validez de todo pronunciamiento de la Corte sobre los planteos introducidos en el recurso extraordinario (Fallos: 325:675; 327:296).

En el presente, tal como surge de las constancias de autos, el tribunal apelado resolvió denegar el remedio federal presentado por la demandada sin haber dado cumplimiento, forma previa, al traslado que determina la norma y sin haber dado razones que justifiquen tal omisión (arg. Fallos: 317:1364 y causa M.862, L.XLIV "Metrovías S.A. c/ DGI", sentencia del 16 de. agosto de 2011).

Cabe advertir que, de seguir V.E. el criterio aquí propiciado, el eventual traslado debería ser efectivizado en el recurso de queja por denegación del recurso extraordinario de inconstitucionalidad provincial que circula como agregado del expediente identificado como CSJ 2061/2017/CSI "González Kriegel Ma. del Carmen y otros s/ ejecución de sentencia art. 97 ley 848".

-IV-

En razón de lo expuesto, entiendo que corresponde dejar sin efecto el auto de concesión y devolver el referido expediente al tribunal de origen a fin de que proceda a dar cumplimiento a los actos de comunicación procesal omitidos. Buenos Aires, 9 de septiembre de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de marzo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que esta Corte comparte lo expresado por la señora Procuradora Fiscal en su dictamen de fs. 54/55 en lo relativo a la omisión en que incurrió el *a quo* al haber prescindido del trámite previsto por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sin haber dado razones válidas para ello. Tal omisión determina que deba dejarse sin efecto la resolución respectiva según la doctrina de Fallos: 315:283; 316:2491; 317:1364; 328:1141 y CSJ 862/2008 (44-M)/CS1 "Metrovías S.A. c/ Dirección General Impositiva", fallada el 16 de agosto de 2011, entre muchos otros.

Por ello, de conformidad, con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se deja sin efecto la resolución denegatoria del recurso

extraordinario, obrante a fs. 67/69 de los autos principales, debiendo remitirse las actuaciones al tribunal de origen para que se corra traslado a la actora, de la apelación extraordinaria, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y, oportunamente, por quien corresponda, se resuelva sobre su admisibilidad. Reintégrese el depósito de fs. 38. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por la **Provincia del Chaco**, representada por la **Fiscal Dra. Mirtha Ramona García**, con el patrocinio letrado del **Dr. José Miguel Braceras.**

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco.**

Y., G. N. c/ OBRA SOCIAL DE LA POLICÍA FEDERAL
s/ INC. APELACIÓN

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario fue bien concedido en tanto se discute la inteligencia de normas de naturaleza federal-ley 21.965 y decreto 1866/1983- y la decisión del superior tribunal de la causa fue contraria a las pretensiones que la apelante fundó en ellas.

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

OBRAS SOCIALES

Las cuestiones suscitadas en el ámbito de la previsión social deben ser tratadas otorgando prevalencia a los fines tuitivos de las normas que rigen la materia.

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

OBRAS SOCIALES

No existen óbices que impidan la afiliación voluntaria a la Obra Social de la Policía Federal demandada, pues si a los efectos de garantizar la pensión a los derechohabientes del exonerado el decreto reglamentario 1866/1983 equipara a este último con el personal fallecido (art. 525, párrafo segundo), es razonable extender esa misma solución para conceder la afiliación pretendida, en tanto fue requerida por un pensionista que obtuvo ese beneficio previsional a partir de una equivalencia entre situaciones que la propia norma establece.

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

INTERPRETACION DE LA LEY

Es principio de la hermenéutica jurídica que, en los casos no expresamente contemplados, debe preferirse la interpretación que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la norma.

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

-El juez Rosenkrantz, en su voto, no adhiere al presente párrafo-

INTERPRETACION DE LA LEY

No es método recomendable en la interpretación de las leyes, el de atenerse estrictamente a sus palabras, ya que el espíritu que las informa es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, y lo que ha de perseguirse es una valiosa interpretación de lo que las normas jurídicamente han querido mandar.

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

-El juez Rosenkrantz, en su voto, no adhiere al presente párrafo-

OBRAS SOCIALES

Las disposiciones del decreto reglamentario 1866/1983 que regulan lo atinente a la obra social expresan, como uno de sus principales objetivos, el de garantizar el bienestar moral y material de los familiares de los integrantes de la fuerza - Policía Federal - y bajo ese prisma, frente a la falta de un precepto que contemple de manera expresa la re afiliación voluntaria a la obra social demandada del pensionista, con motivo de

una exoneración, debe estarse a la solución que propicie el cumplimiento efectivo de la finalidad tuitiva que las normas consagran.

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

INTERPRETACION DE LA LEY

Los magistrados deben guiarse con la máxima prudencia en la interpretación de las leyes de previsión social, ya que la inteligencia que se le asigna puede llevar a la pérdida de un derecho o su retaceo.

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

-El juez Rosenkrantz, en su voto, no adhiere al presente párrafo-

OBRAS SOCIALES

Es procedente la afiliación voluntaria a la Obra Social de la Policía Federal demandada, sin que obste a ello el hecho de que el decreto reglamentario 1866/1983 disponga que los afiliados obligatorios cesarán por exoneración (art. 829) y que a partir de la cesación del afiliado principal cesarán automáticamente los derechos de los familiares incluidos en las condiciones de los artículos 814 y 815 (art. 835), toda vez que ninguno de esos preceptos legales menciona de manera expresa la situación de los pensionistas del exonerado una vez obtenido el beneficio previsional, de conformidad con lo estipulado por el artículo 7 de la ley 21.965.

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

DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud es ampliamente garantizado en nuestro ordenamiento constitucional, especialmente en favor de las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional, arto 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 25 y 26, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 4, inc. 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos) y la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública del país.

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

-El juez Rosenkrantz, en su voto, no adhiere al presente párrafo-

OBRAS SOCIALES

La no adhesión por parte de la Obra Social de la Policía Federal al sistema de las leyes 23.660,23.661 y, en particular, al establecido en la ley 24.901, no determina que le resulte ajena la obligación de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de las personas con discapacidad.

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

-El juez Rosenkrantz, en su voto, no adhiere al presente párrafo-

OBRAS SOCIALES

Corresponde admitir la reafiliación a la Obra Social de la Policía Federal, pues una lectura integral de las normas en juego conducen a concluir que la ley 27968 y el decreto 1866/1983 no pretenden sancionar con la desafiliación al hijo con discapacidad, pensionista del personal exonerado, imponiéndole las consecuencias de las acciones de su padre; máxime cuando la consecuencia que debería afrontar es la desatención de su discapacidad.

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

-El juez Rosenkrantz, en su voto, no adhiere al presente párrafo-

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta confirmó la decisión de la anterior instancia que había admitido la acción de amparo promovida por la señora G.N.Y en representación de su hermano y, en consecuencia, había ordenado a la Obra Social de la Policía Federal Argentina (OSPFA) que incorpore de manera inmediata a F.J.Y. como afiliado (fs. 82/89).

En lo pertinente, el tribunal trató los agravios de la demandada que apuntan a que no le corresponde al joven Y. la afiliación requerida en virtud del carácter de exonerado de su padre, afiliado titular, puesto que la Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina se encuentra regulada por un régimen jurídico específico que surge de

la Ley 21.965 para el Personal de la Policía Federal Argentina y su decreto reglamentario 1866/1983, y, por lo tanto, no pertenece al Sistema de Obras Sociales, regulado por la ley 26.660 ni reviste el carácter de agente del Seguro Nacional de la Salud en los términos de la ley 23.661.

En primer lugar, la cámara señaló que la Corte Suprema, en el caso "Molina" (Fallos: 335:146) consideró inaplicable la ley 23.660 por vía de analogía al funcionamiento de la Obra Social de la Policía Federal Argentina. Como consecuencia, entendió que el caso se resolvía con la aplicación de la ley 21.965, artículo 7, y su decreto reglamentario 1866/1983, artículo 525, inciso 2.

En segundo lugar, puso de relieve que la resolución administrativa que había denegado la afiliación no tuvo en cuenta lo dispuesto por el citado artículo 525, inciso 2, conforme el cual "cuando se trate de exoneración los derechohabientes solicitarán la pensión ante el mismo organismo, como si el titular hubiera fallecido". Por el contrario, relató que la obra social fundó su negativa en lo dispuesto en el artículo 809, inciso *b*, de ese decreto, en concordancia con lo normado en el inciso *a*, en el sentido que la afiliación a la obra social correspondía a los pensionistas del personal fallecido en actividad o retirado con derecho a haber.

El tribunal sostuvo que un examen integral de la normativa aplicable permite concluir que F.Y. es derechohabiente de su padre exonerado y, en consecuencia, se halla incluido en calidad de beneficiario en la obra social demandada. Destacó que una interpretación contraria impondría al beneficiario de la pensión una limitación que el plexo legal no prevé.

A su vez, añadió que el artículo 525, inciso 2, debe integrarse con el artículo 813 del decreto que prevé "que mientras dure el trámite de pensión, los interesados gozarán de los beneficios que otorga la Superintendencia de Bienestar, siempre que abonen la cuota establecida. Sólo podrán solicitar la afiliación cuando obtengan la pensión".

En ese marco, interpretó que ambas normas ponen en cabeza de la Superintendencia de Bienestar la misión de propender al bienestar moral y material de los integrantes de la institución y sus familiares, mediante la prestación de servicios sociales y asistenciales.

Finalmente, consideró que la obra social demandada, aún cuando no se encuentra inmersa en el régimen de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901 no puede desconocer la amplia protección que corresponde otorgar a las personas con discapacidad, dado que su atención integral constituye una política pública del país. Añadió que la demandada

es un organismo dependiente del Poder Ejecutivo y, como tal, forma parte del Estado Nacional, por lo que no puede incumplir la ley 24.901, pues este último es garante de esa norma.

-II-

Contra esa decisión la obra social demandada interpuso recurso extraordinario (fs. 95/101), que contestado (fs. 104/109), fue concedido por el *a quo* en virtud de la cuestión federal simple planteada en autos (fs. 111).

La recurrente señala que en el caso se encuentra en tela de juicio la inteligencia y los alcances de normas de naturaleza federal. Considera que la cámara realizó una interpretación forzada e incongruente de lo dispuesto por el decreto reglamentario 1866/1983. Específicamente, alega que la resolución apelada se aparta de lo dispuesto en las normas aplicables al caso concreto, esto es, los artículos 829 y 835 del citado decreto.

Al respecto, explica que el artículo 829 se halla inserto en el capítulo "De la cesación de afiliación y reafiliación", y que el mismo establece que "los afiliados obligatorios cesarán por renuncia, baja, cesantía o exoneración". Sostiene que esa norma debe conjugarse con lo dispuesto en el artículo 835 que estipula que "con la cesación del afiliado principal cesará automáticamente los derechos de los familiares incluidos en las condiciones de los artículos 814 y 815".

Pone de relieve que la constitucionalidad de esas normas no fue cuestionada por la accionante en su demanda ni declarada por los magistrados que intervinieron en la causa.

Sobre esa base, concluye que la sentencia en crisis debe ser revocada en tanto no se adecúa a las normas que rigen el caso y, por lo tanto, arriba a una solución injusta.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario fue bien concedido en tanto se discute la inteligencia de normas de naturaleza federal -ley 21.965 y decreto 1866/1983- y la decisión del superior tribunal de la causa fue contraria a las pretensiones que la apelante fundó en ellas (art. 14, inciso 3, ley 48; dictamen de esta Procuración General al que remitió la Corte en Fallos: 335:2066, "Rodriguez"; Fallos: 341:1460, "Yurrita", entre otros).

-IV-

En el presente caso corresponde determinar si a la luz de las normas federales en juego -ley 21.965 y decreto 1866/1983- el joven F.J.Y. tiene derecho a ser incorporado como afiliado voluntario a la obra social demandada.

Ante todo, cabe aclarar que no se encuentra controvertido que el representado en autos padece una discapacidad que consiste en anormalidades en la marcha y de la movilidad, hipoacusia neurosensorial bilateral, cuadriplejia espástica y parálisis cerebral espástica (ver, asimismo, certificado de discapacidad, fs. 13). Tampoco se discute que estuvo afiliado a OSPFA hasta el 27 de abril de 2015, fecha en la que todo el grupo familiar fue desafiliado en virtud de que el titular -padre del amparista- había sido exonerado de la fuerza el 21 de abril de ese año. A su vez, no se encuentra debatido que F.Y. es beneficiario de una pensión en carácter de hijo del ex Sargento J.W.Y. y que solicitó la afiliación a la obra social dada la discapacidad que presenta, la que fue denegada mediante la resolución 600-54-130/2017 del 3 de febrero de 2017.

Ello sentado, entiendo que el punto en debate debe ser analizado teniendo en cuenta que las cuestiones suscitadas en el ámbito de la previsión social deben ser tratadas otorgando prevalencia a los fines tuitivos de las normas que rigen la materia (dictamen de esta Procuración General al que remitió la Corte en Fallos 330:2093, "Obra Social del Personal Directivo de la Construcción" y sus citas)

El artículo 7 de la ley 21.965 estipula la pérdida de los derechos al haber de pasividad para el personal exonerado, sin embargo, mantiene los beneficios de la pensión para los derechohabientes en la forma y oportunidad que determine la reglamentación. Específicamente, el artículo 525 del decreto reglamentario 1866/1983 prevé que en caso "de exoneración los derechohabientes solicitarán la pensión ante el mismo organismo, como si el titular hubiera fallecido".

Por su lado, en el Título VI del mencionado decreto, denominado "De la obra social en general", se inserta el artículo 806, el cual expresa que "Es misión de la Superintendencia de Bienestar propender al bienestar moral y material de los integrantes de la Institución y sus familiares, mediante la prestación de servicios sociales y asistenciales".

En particular, el artículo 809 del aludido decreto permite afiliarse voluntariamente a la obra social a los pensionistas del personal fallecido en actividad y del personal retirado con derecho a haber o jubilado de las fuerzas, así como también a los beneficiarios del artículo 2 de la ley 4235 (Cf. incisos *a* y *b*). A su vez, el artículo 813 establece

que "Mientras dure el trámite de pensión, los interesados gozarán de los beneficios que otorga la Superintendencia de Bienestar, siempre que abonen las cuotas establecidas. Sólo podrán solicitar su afiliación cuando obtengan la pensión".

En ese marco, a mi modo de ver y en sentido coincidente con la interpretación efectuada por el *a quo*, desde el punto de vista normativo no se advierten óbices que impidan la afiliación voluntaria del joven a la obra social demandada.

Es que, si a los efectos de garantizar la pensión a los derechohabientes del exonerado el decreto en cuestión equipara a este último con el personal fallecido (art. 525, párrafo segundo), es razonable extender esa misma solución para conceder la afiliación pretendida en autos, en tanto fue requerida por un pensionista que obtuvo ese beneficio previsional a partir de una equivalencia entre situaciones que la propia norma establece.

En ese sentido, se ha sostenido que es principio de la hermenéutica jurídica que, en los casos no expresamente contemplados, debe preferirse la interpretación que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la norma (Fallos: 313:751, "Moura"; dictamen de la Procuración al que remitió la Corte en Fallos: 330:2093 op cit., entre otros). Además, esta Procuración General ha sostenido que no es método recomendable en la interpretación de las leyes, el de atenerse estrictamente a sus palabras, ya que el espíritu que las informa es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, y lo que ha de perseguirse es una valiosa interpretación de lo que las normas jurídicamente han querido mandar (CAF 269/1989/1/RH1, "L. Ramona Magdalena y otros c/ policía federal argentina s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.", dictamen del 30 de abril de 2019).

En el *sub lite*, tal como se ha reseñado anteriormente, las disposiciones del decreto que regulan lo atinente a la obra social expresan, como uno de sus principales objetivos, el de garantizar el bienestar moral y material de los familiares de los integrantes de la fuerza en cuestión. Bajo ese prisma, frente a la falta de un precepto que contemple de manera expresa la reafiliación voluntaria a la obra social demandada del pensionista, con motivo de una exoneración, debe estarse a la solución que propicie el cumplimiento efectivo de la finalidad tuitiva que las normas en análisis consagran.

Cabe recordar que los magistrados deben guiarse con la máxima prudencia en la interpretación de las leyes de previsión social, ya que la inteligencia que se le asigna puede llevar a la pérdida de un derecho o su retaceo (doctr. Fallos: 311: 1937, "Ordenes"; Fallos: 329:4206, "Poe-

ta"; dictamen de esta Procuración General al que remitió la Corte en Fallos 330:2093 op. cit.).

No empece a lo expuesto el hecho de que el decreto disponga que los afiliados obligatorios cesarán por exoneración (art. 829) y que a partir de la cesación del afiliado principal cesarán automáticamente los derechos de los familiares incluidos en las condiciones de los artículos 814 y 815 (art. 835), toda vez que ninguno de esos preceptos legales menciona de manera expresa la situación de los pensionistas del exonerado una vez obtenido el beneficio previsional, de conformidad con lo estipulado por el artículo 7 de la ley de Personal. Ello así, entiendo que en esa especial situación resultan plenamente aplicables por analogía las reglas de los artículos 809, inciso *b* y 813 anteriormente mencionados en el dictamen.

Para más, cabe destacar que, tal como lo advirtió el Ministerio Público de la Defensa ante la Corte Suprema, en el *sub lite*, una solución contraria implicaría la imposibilidad de que el representado en autos pueda continuar con los tratamientos que necesita para su rehabilitación integral, lo que influye sobre el desarrollo de su inserción social y su calidad de vida (fs. 116 vta. y 117). Nótese que la parte actora ha manifestado que si bien durante el tiempo de carencia de la obra Social F.Y. estuvo afiliado provisoriamente al Programa Federal de Salud (PROFE) hasta el 1 de noviembre de 2016, dicha afiliación no fue renovada dado que ese programa no le brindaba la cobertura que su patología requería (fs. 18).

En ese contexto, es menester recordar el derecho a la salud es ampliamente garantizado en nuestro ordenamiento constitucional, especialmente en favor de las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional, art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 25 y 26, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 4, inc. 1, Convención Americana sobre Derechos Humanos) y la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública del país (dictamen de esta Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 327:2127, "Martin"; 327:2413, "Lifschitz").

En consecuencia, la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las leyes 23.660,23.661 y, en particular, al establecido en la ley 24.901, no determina que le resulte ajena la obligación de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de las personas con discapacidad (S.C. C. Nº 2773, L. XLII, "Cattaneo, Adrián Alberto G. c/ I.O.S.E. y otros s/ amparo", sentencia del 5 de febrero de 2008, por remisión al dictamen de esta Procuración General de la Nación).

En estas condiciones, una lectura integral de las normas en juego conducen a concluir que la ley 27968 y el decreto 1866/1983 no pretenden sancionar con la desafiliación al hijo con discapacidad, pensionista del personal exonerado, imponiéndole las consecuencias de las acciones de su padre. Máxime cuando la consecuencia que debería afrontar es la desatención de su discapacidad.

En suma, una interpretación adecuada de las normas federales en juego -ley 21.965 y decreto 1866/1983-, a la luz de los principios de hermenéutica referidos y los fines tuitivos que rigen la seguridad social conduce a admitir la reafiliación de F.J.Y. a la obra social demandada.

-V-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde rechazar el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 11 de septiembre de 2019. *Víctor Abramovich.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Y., G. N. c/ Obra Social de la Policía Federal s/ inc. apelación".

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente examinadas en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma el pronunciamiento apelado. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz (según su voto)– Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que los agravios de la apelante encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal (con exclusión de los párrafos noveno, undécimo y decimotercero a decimosexto del punto IV de dicho dictamen), a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma el pronunciamiento apelado. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso extraordinario interpuesto por **Estado Nacional, Policía Federal Argentina, Obra Social de la Policía Federal Argentina**, representado por la **Dra. Silvia Mónica Arrostito**.

Traslado contestado por el **Defensor Público Oficial, Dr. Martín Bomba Royo**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Salta n° 2.**

ASOCIACIÓN DEL PERSONAL SUPERIOR DE AUTOPISTAS E INFRAESTRUCTURA APSAI C/ AUTOPISTAS DEL SOL S.A. S/ ACCIÓN DE AMPARO

CUESTION FEDERAL

Los agravios suscitan una cuestión federal suficiente pues se ha cuestionado la validez constitucional de una ley del Congreso (ley 23.551), y la decisión ha sido contraria a su validez (art. 14, inc. 1, ley 48).

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

-El Juez Lorenzetti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

SINDICATO

La exclusión de los sindicatos simplemente inscriptos del régimen de retención de cuotas sindicales previsto en el artículo 38 de la ley 23.551, configura una injerencia del Estado que reduce injustificadamente la capacidad de estas entidades de desarrollar funciones propias relativas a la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de intereses legítimos de orden gremial, pues los aportes de los afiliados a una organización sindical, que integran su patrimonio (art. 37 de ley 23.551), son un medio esencial para la defensa de sus intereses profesionales, en tanto resulta la fuente de financiamiento que contribuye a sostener en el plano económico las actividades del sindicato.

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

-El Juez Lorenzetti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

SINDICATO

La autonomía e independencia financiera de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, al igual que la protección de sus fondos y bienes, constituyen elementos esenciales del derecho a organizar libremente su administración.

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

-El Juez Lorenzetti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

SINDICATO

Para los sindicatos de reciente fundación, las cuotas sociales aportadas por los afiliados, son casi siempre su fuente principal de ingresos y en este orden de ideas, la adecuada canalización de los aportes resulta determinante para que las organizaciones de trabajadores desplieguen regularmente su gestión y su actividad gremial, y por ello el derecho colectivo del trabajo instrumenta formas promocionales o preferenciales de recaudación, tendientes a asegurar su puntual y efectiva percepción, evitando que la concreción de los pagos quede librada exclusivamente a la iniciativa de los asociados.

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

-El Juez Lorenzetti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

SINDICATO

El ágil acceso a los recursos presupuestarios fortalece la autonomía del sindicato frente al Estado y al sector empresario; de allí que resulte inocuo proclamar la autonomía de las entidades gremiales para fijar su programa de acción y su estrategia con miras al cumplimiento de sus fines, si no se les asegura al mismo tiempo la disponibilidad de los medios económicos indispensables para su funcionamiento y su actividad externa.

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

-El Juez Lorenzetti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

SINDICATO

El régimen de retención de cuotas sindicales, tal como está regulado en el artículo 38 de la ley 23.551, menoscaba la libertad sindical de las entidades simplemente inscriptas, pues al encontrarse con mayores obstáculos para el ingreso de las cuotas, ven limitadas su sostenibilidad y capacidad de acción y, con ello, sus posibilidades de representar a los trabajadores y de sumar nuevos afiliados que les permitan, eventualmente, disputar la personería gremial.

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

-El Juez Lorenzetti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

SINDICATO

El régimen de retención de cuotas previsto en el artículo 38 de la ley 23.551 puede influir de forma indebida en la decisión de los trabajadores de afiliarse a una determinada asociación sindical, pues la facilidad que brinda el descuento automático de los aportes favorece la opción en favor de aquellas asociaciones que cuentan con esa prerrogativa, más allá de su ideario político y gremial, es decir, el mecanismo de cobro fijado en la ley puede operar en la práctica como un incentivo o desincentivo para la afiliación, que afecta la libre elección por el trabajador del sindicato al que desee asociarse.

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

-El Juez Lorenzetti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

SINDICATO

El sistema de retención de cuotas sindicales del artículo 38 de la ley 23.551 constituye un privilegio para las asociaciones con personería gremial en detrimento de las simplemente inscriptas, que produce una disparidad de trato irrazonable entre los dos tipos de organizaciones.

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

-El Juez Lorenzetti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

APORTES SINDICALES

El sistema de retención de cuotas sindicales del artículo 38 de la ley 23.551 es inconstitucional, pues no se logró acreditar la existencia de un interés público imperioso que resulte necesario resguardar y justifique, en consecuencia, la exclusión de las asociaciones simplemente inscriptas de un medio esencial para la defensa de sus intereses gremiales y en segundo lugar, el privilegio legal no es de aquéllos que pueden otorgarse a las organizaciones más representativas en tanto no se vincula con su prioridad de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades o en la designación de delegados ante organismos internacionales, únicas prerrogativas admitidas en el Convenio 87 de la OIT, según lo ha sostenido la Corte.

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

-El Juez Lorenzetti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

SINDICATO

El artículo 38 de la ley 23.551, en cuanto excluye en forma arbitraria a las asociaciones simplemente inscriptas del régimen de retención de aportes a sus afiliados, lesiona la libertad sindical, en su faz individual y colectiva, por lo que resulta inconstitucional.

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

-El Juez Lorenzetti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al amparo deducido por el sindicato Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura (APSAI), y había declarado la inconstitucionalidad del artículo 38 de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales, por ser contrario al artículo 14 bis de la Constitución Nacional y al Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En consecuencia, ordenó a Autopistas del Sol S.A. que, en forma inmediata, proceda a retener la cuota sindical por planilla salarial respecto de los afiliados de APSAI y cese en toda obstaculización al accionar gremial de la actora (fs. 232/235).

La Cámara compartió los argumentos del juez de primera instancia referidos a la supra legalidad del mencionado Convenio 87 de la OIT y al carácter vinculante de las opiniones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de dicha organización. En ese sentido, recordó que los órganos de control y aplicación de la OIT han efectuado reiteradas observaciones al artículo 38 de la ley 23.551 -que impone obligaciones en materia de retención de aportes sindicales-, señalando que establece privilegios discriminatorios en favor de las asociaciones con personería gremial. Además, citó precedentes propios en los cuales ya había sostenido que lo dispuesto en el referido artículo 38 implica un cercenamiento de la libertad sindical y del libre ejercicio de los derechos de los trabajadores, quienes expresamente decidieron optar por determinada entidad, permitiendo sus aportes el desarrollo de las actividades necesarias de la organización gremial.

-II-

Contra esa resolución, Autopistas del Sol S.A. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 237/246), cuya denegatoria (fs. 253/254) dio origen a la presente queja (fs. 29/33 del cuaderno correspondiente).

Para sustentarlo, invoca la doctrina de la arbitrariedad, por entender que el fallo no es una derivación lógica y razonada de las constancias de la causa y del derecho vigente.

Sostiene, en lo sustancial, que el artículo 38 de la ley 23.551 resulta muy claro al imponer la obligación a los empleadores de retener aportes únicamente respecto de asociaciones sindicales con personería gremial. Al respecto, afirma que la sentencia se aparta de la aplicación de dicha norma -y, en consecuencia, del derecho vigente- limitándose a declararla inconstitucional, sin tener en cuenta que la parte actora no habría demostrado un perjuicio real. En ese sentido, argumenta que el hecho de no actuar como agente de retención no vulnera ningún derecho de APSAI ni le provoca ningún impedimento a sus afiliados, sino a lo sumo la "incomodidad" de tener que arbitrar los medios para pagar la cuota sindical en persona.

Alega también que la cámara omitió tener en cuenta lo dispuesto por el decreto 467/88, reglamentario de la ley 23.551. Refiere que para que la obligación de retener les resulte exigible, la asociación sindical debe tener personería gremial, mediar resolución del Ministerio de Trabajo disponiendo la retención, y comunicar al empleador la resolución de la autoridad de aplicación con una antelación no menor a diez días al pago.

Expresa que en nada afecta al *sub lite* lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales" (Fallos: 331:2499), puesto que se trató de un caso de aristas fácticas diferentes, en que el máximo tribunal declaró la inconstitucionalidad exclusivamente del artículo 41 de la ley 23.551, no del resto de las disposiciones de esa ley.

-III-

Considero que los agravios suscitan una cuestión federal suficiente pues se ha cuestionado la validez constitucional de una ley del Congreso (ley 23.551), y la decisión ha sido contraria a su validez (art. 14, inc. 1, ley 48).

-IV-

La cuestión federal radica en determinar si el artículo 38 de la ley 23.551, al establecer que los empleadores están obligados a actuar como agente de retención de las cuotas sindicales únicamente respecto de trabajadores afiliados a sindicatos con personería gremial, vulnera la libertad sindical de las entidades simplemente inscriptas.

A fin de abordar este asunto corresponde señalar que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece que el trabajo, en sus di-

versas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador la organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial (art. 14 bis, primer párrafo, en sentido concordante Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 16.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 22.1 y 22.3 y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.8).

Por su parte, el Convenio 87 de la OIT, denominado "Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación" (aprobado por ley 14.932 y ratificado el 18 de enero de 1960), de jerarquía constitucional en virtud de su inclusión en el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones (art. 2). Estipula que estas organizaciones tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, elegir libremente sus representantes, organizar su administración y actividades y formular su programa de acción, e impone a las autoridades públicas el deber de abstenerse de toda intervención que tienda a limitar estos derechos o a entorpecer su ejercicio legal (art. 3). Además, el artículo 8, inciso 2, sostiene que "La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio" y el artículo 11 dispone el deber de los Estados de "adoptar las medidas necesarias y apropiadas para preservar el ejercicio del derecho de sindicación".

En materia de libertad sindical de las entidades simplemente inscriptas, la Corte Suprema fijó doctrina, entre otros, en los precedentes "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales" (Fallos: 331:2499), "Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional- Armada Argentina s/ Sumarísimo" (Fallos: 332:2715) y "Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad" (Fallos: 333:672). Estos precedentes, aun cuando versaron sobre la validez de otras disposiciones de la ley 23.551 —las condiciones exigidas para ser designado delegado del personal (Fallos: 331:2499), la tutela sindical (Fallos: 332:2715) y la legitimación procesal de una asociación simplemente inscripta (Fallos: 336:672)— establecieron principios constitucionales que resultan aplicables al *sub lite*.

En el caso "ATE" (Fallos: 331:2499) la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó que quienes están bajo la protección de la Conven-

ción Americana sobre Derechos Humanos tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo, sino que, además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad (considerando 6º), y señaló que "la afiliación libre y consciente no puede verse herida con supuestas razones de interés sindical y bien común". Expresó también que la libertad sindical "tiene el propósito de que los sindicatos puedan realizar sus actividades sin obstáculos o limitaciones del Estado que reduzcan, injustificadamente, las funciones que les son propias, esto es, la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de los intereses legítimos de orden gremial" (considerando 7º).

Al reproducir lo expuesto por el Comité de Libertad Sindical puntualizó: "de manera general, la posibilidad para un gobierno de conceder una ventaja a una organización determinada, o de retirársela para beneficiar a otra, entraña el riesgo, aunque no sea esa su intención, de acabar por favorecer o desfavorecer a un sindicato frente a otros, cometiendo un acto de discriminación. Es más, favoreciendo o desfavoreciendo a determinada organización frente a otras, los gobiernos pueden influir en la decisión de los trabajadores cuando elijan una organización para afiliarse, ya que es indudable que estos últimos se sentirán inclinados a afiliarse al sindicato más apto para servirlos, mientras que por motivos de orden profesional, confesional, político u otro, sus preferencias los hubieran llevado a afiliarse a otra organización" (considerando 8º, en sentido análogo "Rossi", considerando 5º, y dictamen de esta Procuración General de la Nación en CSJ, 5399/2014/RH1 "Asoc. Pers- Municipal Las Colonias c/Fed. Sind. Trab. Munic. FESTRAM y otros s/acción de amparo, del 4 de noviembre de 2016).

Con cita de ese órgano sostuvo, asimismo, que si bien la legislación nacional puede establecer una distinción entre las asociaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones, esa diferenciación no puede privar a las organizaciones sin personería gremial "de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad". Y remarcó que "esa distinción no puede tener como consecuencia conceder a las asociaciones con mayor representatividad privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de delegados ante organismos internacionales" (Fallos: 331: 2499,

considerando 8º, en igual sentido se pronunció al resolver *in re* "Nueva Organización de Trabajadores Estatales c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/amparo", N. 143. XLVIII. RHE, sentencia del 24 de noviembre de 2015).

A la luz de estos principios constitucionales, entiendo que la exclusión de los sindicatos simplemente inscriptos del régimen de retención de cuotas sindicales previsto en el artículo 38 de la ley 23.551, configura una injerencia del Estado que reduce injustificadamente la capacidad de estas entidades de desarrollar funciones propias relativas a la promoción, ejercicio, defensa, fomento y protección de intereses legítimos de orden gremial.

En efecto, los aportes de los afiliados a una organización sindical, que integran su patrimonio (art. 37 de ley 23.551), "son un medio esencial para la defensa de sus intereses profesionales", en tanto resulta la fuente de financiamiento que contribuye a sostener en el plano económico las actividades del sindicato. En tal sentido se ha expresado: "La autonomía e independencia financiera de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, al igual que la protección de sus fondos y bienes, constituyen elementos esenciales del derecho a organizar libremente su administración" (OIT, "Dar un rostro humanos a la globalización", 101 a Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, 2012, ILC.101/III/1B, párr. 109).

Cabe remarcar que para los sindicatos de reciente fundación, las cuotas sociales aportadas por los afiliados son casi siempre su fuente principal de ingresos. En este orden de ideas, la adecuada canalización de los aportes resulta determinante para que las organizaciones de trabajadores desplieguen regularmente su gestión y su actividad gremial, y por ello el derecho colectivo del trabajo instrumenta formas promocionales o preferenciales de recaudación, tendientes a asegurar su puntual y efectiva percepción, evitando que la concreción de los pagos quede librada exclusivamente a la iniciativa de los asociados.

Al mismo tiempo, el ágil acceso a los recursos presupuestarios fortalece la autonomía del sindicato frente al Estado y al sector empresario. De allí que resulte inocuo proclamar la autonomía de las entidades gremiales para fijar su programa de acción y su estrategia con miras al cumplimiento de sus fines, si no se les asegura al mismo tiempo la disponibilidad de los medios económicos indispensables para su funcionamiento y su actividad externa.

Bajo este prisma, el régimen de retención de cuotas sindicales, tal como está regulado en el cuestionado artículo 38, menoscaba la

libertad sindical de las entidades simplemente inscriptas pues al encontrarse con mayores obstáculos para el ingreso de las cuotas, ven limitadas su sostenibilidad y capacidad de acción y, con ello, sus posibilidades de representar a los trabajadores y de sumar nuevos afiliados que les permitan, eventualmente, disputar la personería gremial.

Además, desde otra perspectiva, este régimen de retención de cuotas puede influir de forma indebida en la decisión de los trabajadores de afiliarse a una determinada asociación sindical, pues la facilidad que brinda el descuento automático de los aportes favorece la opción en favor de aquellas asociaciones que cuentan con esa prerrogativa, más allá de su ideario político y gremial. Es decir, el mecanismo de cobro fijado en la ley puede operar en la práctica como un incentivo o desincentivo para la afiliación, que afecta la libre elección por el trabajador del sindicato al que desee asociarse.

A su vez, el sistema de retención de cuotas sindicales del artículo 38 constituye un privilegio para las asociaciones con personería gremial en detrimento de las simplemente inscriptas, que produce una disparidad de trato irrazonable entre los dos tipos de organizaciones.

En primer lugar, no se logró acreditar la existencia de un interés público imperioso que resulte necesario resguardar y justifique, en consecuencia, la exclusión de las asociaciones simplemente inscriptas de un medio esencial para la defensa de sus intereses gremiales.

En segundo lugar, el privilegio legal no es de aquéllos que pueden otorgarse a las organizaciones más representativas en tanto no se vincula con su prioridad de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades o en la designación de delegados ante organismos internacionales, únicas prerrogativas admitidas en el Convenio 87 de la OIT, según lo ha sostenido esa Corte Suprema.

Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (CEACR) -cuyos criterios han sido tenidos en cuenta por el máximo tribunal federal para interpretar el alcance de los convenios vigentes en nuestro país- (Fallos: 331:2499, considerando 8º; Fallos: 332:2715, considerando 6º; Fallos: 336:672, considerando 4º) se ha pronunciado ya sobre la materia puesta en tela de juicio en las presentes actuaciones. En particular, manifestó que el artículo 38 de la ley 23.551, que sólo permite a las asociaciones con personería gremial la retención en nómina de las cuotas sindicales, otorga un privilegio que perjudica y discrimina indebidamente a las organizaciones simplemente inscritas (observación adoptada en 2010, Publicación: 100º reunión

CIT (2011); observación adoptada en 2011, Publicación: 101º reunión CIT (2012); observación adoptada en 2012, Publicación: 102º reunión CIT (2013), entre otras, en sentido similar CLS, Caso 2878 (El Salvador), Informe definitivo 865, 2012, Caso 3095 (Túnez), Informe provisional 378, Junio 2016).

Por último, estimo que la extensión de los supuestos de retención de la cuota sindical que se deriva de la postura que aquí propicio, no afecta a los empleadores ni les impone una carga excesiva, pues el procedimiento para implementarla respecto de los trabajadores afiliados a los sindicatos simplemente inscriptos es el mismo que utilizan para los trabajadores afiliados al sindicato con personería gremial.

En consecuencia, a mi entender el artículo 38 de la ley 23.551, en cuanto excluye en forma arbitraria a las asociaciones simplemente inscriptas del régimen de retención de aportes a sus afiliados, lesiona la libertad sindical, en su faz individual y colectiva, por lo que resulta inconstitucional.

Con el alcance expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, rechazar el recurso extraordinario y confirmar la sentencia recurrida. Buenos Aires. 27 de agosto de 2019. *Víctor Abramovich.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c/ Autopistas del Sol S.A. s/ acción de amparo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que la cuestión planteada en el *sub lite* encuentra adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, y lo dictaminado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada.

Con costas. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 1 bis. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti (en disidencia)– Horacio Rosatti.

Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Ricardo Luis Lorenzetti

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presentación directa. Declárase perdido el depósito de fs. 1 bis. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

Ricardo Luis Lorenzetti.

Recurso de queja interpuesto por el **Dr. Martín Basualdo,** en representación de **Autopistas del Sol S.A.**

Tribunal de origen: **Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 43.**

ROMANO, VALERIA del CARMEN c/ PRIMA S.A. s/ Despido

RECURSO EXTRAORDINARIO

Para la procedencia del recurso extraordinario no basta la aserción de una determinada solución jurídica si ella no está razonada, constituye agravio concretamente referido a las circunstancias del caso y contem-

pla los términos del fallo impugnado, del cual deben rebatirse, mediante una prolija crítica, todos y cada uno de los argumentos en que se apoya y da lugar a agravios.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Corresponde rechazar el recurso deducido contra la sentencia que ratificó la aplicación temporal del decreto 1278/2000, pero descartó el tope allí previsto por estimarlo inconstitucional con fundamento en el precedente "Ascua", pues el argumento central no fue rebatido por la aseguradora que basó sus agravios en la doctrina sentada en el caso "Espósito" y en los límites de cobertura del seguro, que no guardan relación con lo decidido en la causa, no existiendo en consecuencia una crítica concreta y razonada a los fundamentos desarrollados por el a quo.

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

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

La declaración de inconstitucionalidad no es oficiosa ni importa un apartamiento de los términos en que fue trabada la relación procesal, toda vez que la demandante planteó expresamente la inconstitucionalidad del tope previsto en el decreto 1278/2000 en el escrito de inicio con fundamento en que estipula una reducción en su haber indemnizatorio que afecta su derecho de propiedad, de indemnidad y el derecho a una seguridad social integral e irrenunciable (arts. 14 bis, 17 y 19 de la Constitución Nacional), planteo que fue contestado por la demandada.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

La Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia de primera instancia y, en lo que aquí interesa, admitió la demanda por los daños y perjuicios derivados de la enfermedad

profesional que padece la actora, condenó a la demandada al pago de la reparación integral y a La Caja ART SA (ahora, Experta ART SA), tercera citada, a la reparación tarifada prevista por la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo (fs. 596/605 del expediente principal, al que me referiré salvo aclaración en contrario).

En lo que es motivo de agravio, y ante el pedido de aclaratoria presentado por la tercera citada como obligada al pago, concluyó que el monto de condena que debe afrontar la aseguradora surgirá del cálculo de la prestación dineraria establecida en el artículo 14, apartado 2, inciso *a*, de la ley 24.557, pero sin aplicar el tope máximo que establecía el decreto 1278/2000. En ese sentido, señaló que, si bien ese tope se encontraba vigente a la fecha en que la actora tomó conocimiento de la enfermedad, corresponde declarar su inconstitucionalidad con base en la doctrina sentada por la Corte Suprema en el precedente "Ascua" (Fallos: 333:1361) (fs. 607).

-II-

Contra esa decisión, la tercera citada Experta ART SA interpuso recurso extraordinario federal (fs. 609/623), que fue contestado (fs. 625/632) y denegado (fs. 637), lo que motivó la interposición de la presente queja (fs. 26/30 del cuaderno respectivo).

Se agravia con base en la doctrina de la arbitrariedad pues afirma que la cámara no aplicó el derecho vigente y, además, vulneró el principio de congruencia.

Por un lado, sostiene que el tope previsto en el decreto 1278/2000 sobre la prestación del artículo 14, apartado 2, inciso *a*, de la ley 24.557 es aplicable al presente pues se encontraba vigente al manifestarse la enfermedad de la actora. Arguye que en igual sentido se pronunció la Corte en los precedentes de Fallos: 339:781, "Espósito", y en el caso CNT 10495/2008/1/RH1, "Marconi, Daniel Adrián c/ Exal Argentina SA s/ accidente - acción civil", del 10 de octubre de 2017, en cuanto sostuvo que las disposiciones del decreto 1694/2009, derogatorio del decreto 1278/2000, no deben ser aplicadas a contingencias ocurridas con anterioridad a su entrada en vigencia. Agrega que en Fallos: 333:1433, "Lucca de Hoz", esa Corte remarcó que la compensación económica debe determinarse conforme la ley vigente cuando el derecho al pago de una indemnización por un infortunio laboral se concreta, es decir al momento de ocurridos los hechos que dieron motivo al reclamo.

Por otra parte, se agravia porque el tribunal declaró de oficio la inaplicabilidad de la norma sin que las partes lo plantearan. Agrega

que la aquí recurrente solicitó expresamente su aplicación, sin que medie oposición al respecto. Sobre esa base, arguye que la sentencia en crisis se apartó de los términos en los que quedó trabada la *litis*, en clara vulneración del principio de congruencia.

Finalmente, remarca que la decisión provocó un desequilibrio en la ecuación económica y financiera del contrato, pues el a quo condenó a la recurrente al pago de una suma de dinero que supera el límite de cobertura del seguro, lo que afecta su derecho de propiedad y desfinancia el sistema de riesgos del trabajo.

-III-

Estimo que los agravios traídos por la recurrente carecen de la fundamentación exigida por el artículo 15 de la ley 48. Ello así pues, de acuerdo con la inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la procedencia del recurso extraordinario no basta la aserción de una determinada solución jurídica si ella no está razonada, constituye agravio concretamente referido a las circunstancias del caso y contempla los términos del fallo impugnado, del cual deben rebatirse, mediante una prolija critica, todos y cada uno de los argumentos en que se apoya y da lugar a agravios (Fallos: 341:235, "Romero" y sus citas).

En efecto, la recurrente plantea que, conforme surge de la doctrina de Fallos: 339:781, "Espósito", el decreto 1694/2009, que derogó el tope previsto en el decreto 1278/2000, no debe ser aplicado al caso ya que la enfermedad de la actora se manifestó antes de su entrada en vigencia.

En igual sentido, la cámara ratificó la aplicación temporal del decreto 1278/2000, pero descartó el tope allí previsto por estimarlo inconstitucional. Fundó su decisión en las conclusiones vertidas en Fallos: 333:1361, "Ascua", en el que la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del tope a la indemnización tarifada previsto en el artículo 8, inciso *a*, segundo párrafo, de la ley 9688 con base en que la modalidad indemnizatoria escogida por el legislador para cumplir con la protección del empleado frente a los daños derivados de infortunios laborales bajo un régimen tarifado, no puede válidamente dejar de satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima; y que ello no acontece si la ley atiende, en principio, a esa pérdida por medio del cómputo de la reducción del salario de la víctima, más luego aplica un importe indemnizatorio máximo que desvirtúa los fines que la norma debía consagrar (Fallos: 333:1361, Considerando 8º).

Ese argumento central no fue rebatido por la aseguradora en el remedio federal, que basó sus agravios en la doctrina sentada en el caso "Espósito" y en los límites de cobertura del seguro, que no guardan relación con lo decidido en autos.

También resulta infundado el argumento que alega una afectación al principio de congruencia. Ello así pues, la recurrente afirma que la cámara declaró de oficio la invalidez constitucional del tope, sin que medie planteo de las partes y, en consecuencia, ese debate no debía integrar la *litis*. Por el contrario, la demandante planteó expresamente la inconstitucionalidad del tope en el escrito de inicio con fundamento en que estipula una reducción en su haber indemnizatorio que afecta su derecho de propiedad, de indemnidad y el derecho a una seguridad social integral e irrenunciable (arts. 14 bis, 17 y 19 de la Constitución Nacional) (ver fs. 12vta./14). Ese planteo fue contestado por la demandada (fs. 63vta./66). En tales circunstancias, la declaración de inconstitucionalidad no fue oficiosa ni importó en el presente un apartamiento de los términos en que fue trabada la relación procesal.

Por ello, el recurso bajo estudio no formula, como es imprescindible, una crítica concreta y razonada a los fundamentos desarrollados por el *a quo*, circunstancia que conduce a declarar la deserción de la apelación (Fallos: 310:2914, "Riera"; 311:1989, "Francisco Cacik"; 312:1819, "Cia. De Representaciones Hoteleras").

Por lo expuesto, corresponde rechazar la queja. Buenos Aires, de junio de 2019. *Víctor Abramóvich*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Experta ART S.A. en la causa Romano, Valeria del Carmen c/ Prima S.A. s/ despido", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones propuestas por la apelante encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se desestima la presentación directa. Declárase perdido el depósito de fs. 33. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por **Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.**, representada por el **Dr. Fernando Rodríguez Alcobendas.**

Tribunal de origen: **Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 51.**

ARIAS CAMPOS VIUDA DE MALDONADO, NANCY MABEL c/ MIGUES O MIGUEZ, JUAN ROBERTO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ACC. TRÁNS./LES. O MUERTE) – ORDINARIO

RECURSO EXTRAORDINARIO

El plazo establecido por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para deducir el recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 reviste carácter de perentorio y no se interrumpe ni suspende por la interposición de otros recursos declarados improcedentes por los tribunales de la causa, que no alteran las decisiones que impugnan.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Toda vez que el recurso extraordinario fue interpuesto contra la decisión que declaró improcedente el recurso de reposición planteado contra la decisión en definitiva cuestionada y una vez transcurrido el plazo de diez días fijado por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para su interposición, el remedio federal resulta extemporáneo.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Nancy Mabel Arias Campos viuda de Maldonado, Camila Celeste Maldonado y Ceila Andrea Maldonado en la causa Arias Campos Viuda de Maldonado, Nancy Mabel c/ Migues o Miguez, Juan Roberto s/ daños y perjuicios (acc. tráns./les. o muerte) - ordinario", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra la decisión del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba del 15 de octubre de 2019 (fs. 74/77) que rechazó el recurso de reposición deducido por las actoras contra la decisión del mencionado tribunal que había desestimado el recurso de queja con motivo de la denegación del de casación local (fs. 64/66) deducido contra la sentencia definitiva, las vencidas interpusieron recurso extraordinario que denegado por extemporáneo (fs. 90/91), origina esta presentación directa.

2°) Que, el Tribunal tiene reiteradamente dicho que el plazo establecido por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para deducir el recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 reviste carácter de perentorio y no se interrumpe ni suspende por la interposición de otros recursos declarados improcedentes por los tribunales de la causa, que no alteran las decisiones que impugnan (Fallos: 286:83; 288:219; 293:438; 295:387; 303:1146; 311:1242; 318:1112; 323:1280 y 3919; 326:3571; 328:3737, entre muchos otros).

3°) Que la jurisprudencia reseñada en el considerando anterior resulta plenamente aplicable al *sub examine*, a poco que se advierta que el límite temporal fijado por la norma procesal citada había transcurrido al momento de la interposición del recurso extraordinario. En efecto, según consta en autos, la decisión objeto de controversia fue adoptada el 3 de julio de 2019 (fs. 64/66) y el remedio federal no se dirige contra ella sino contra la resolución del 15 de octubre de 2019 (fs. 74/77) mediante la cual se desestimó el recurso de reposición interpuesto por las recurrentes.

4°) Que, en consecuencia, toda vez que el recurso extraordinario fue interpuesto contra la decisión que declaró improcedente el recurso de reposición planteado contra la decisión en definitiva cuestionada y una vez transcurrido el plazo de diez días fijado por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para su interposición, el remedio federal resulta extemporáneo.

Por ello, se desestima el recurso de queja interpuesto. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por **Nancy Mabel Arias Campos viuda de Maldonado, Camila Celeste Maldonado y Ceila Andrea Maldonado**, representadas por el **Dr. José Orlando Moreno.**

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba.**

CORRIENTES, PROVINCIA DE C/ ESTADO NACIONAL S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

MEDIO AMBIENTE

Corresponde rechazar el planteo de nulidad e inconstitucionalidad de las resoluciones 1238/11 dictada por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y de la resolución 1149/11 dictada por la Jefatura de Gabinete de Ministros, en cuanto dispusieron que las obras de la provincia eran incompatibles con leyes nacionales y acuerdos internacionales, pues si bien la obra proyectada por la provincia actora se realizaría sobre recursos hídricos que nacen y concluyen dentro de su territorio, las autoridades nacionales resultan competentes para adoptar un temperamento protector del medio ambiente en ejercicio de facultades precautorias ante una situación de peligro, en razón de que, según surge de los estudios interdisciplinarios realizados en la causa, las aguas que serán afectadas por las obras conforman la Cuenca Hídrica Ayuí Grande-Río Miriñay-Río Uruguay, siendo este último de carácter internacional.

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

MEDIO AMBIENTE

Corresponde rechazar el planteo de nulidad e inconstitucionalidad de las resoluciones 1238/11 dictada por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y de la resolución 1149/11 dictada por la Jefatura de Gabinete de Ministros, en cuanto dispusieron que las obras de la provincia eran incompatibles con leyes nacionales y acuerdos internacionales, pues la titularidad de los recursos naturales que contempla el art. 124 de la Constitución Nacional a favor de las provincias no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de la jurisdicción que corresponde al Estado Nacional en materia ambiental -máxime si se encuentran en juego los presupuestos mínimos- cuando se trata de un recurso interjurisdiccional e indivisible que se extiende más allá de la frontera provincial.

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

MEDIO AMBIENTE

El planteo de nulidad e inconstitucionalidad de la resolución 1238/11 dictada por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y de la resolución 1149/11 dictada por la Jefatura de Gabinete de Ministros debe ser rechazado, toda vez que dichos organismos no dispusieron la paralización de las obras proyectadas ni se pronunciaron acerca de la legitimidad de los actos provinciales de aprobación o la concesión del uso de las aguas, sino que se limitaron a establecer la incompatibilidad del emprendimiento con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino en materia ambiental, con fundamento en que las autorizaciones fueron otorgadas por los órganos locales sobre la base de un estudio que contiene datos que parecerían cuestionables y con impactos previstos que serían inexactos, omitiendo ponderar además que las obras tendrán un impacto negativo múltiple sobre un ecosistema que constituye una unidad ambiental y trasciende los límites de la provincia y aun los de la República Argentina.

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

MEDIO AMBIENTE

Debe rechazarse el planteo de nulidad e inconstitucionalidad de la resolución 1238/11 dictada por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y de la resolución 1149/11 dictada por la Jefatura de Gabinete de Ministros, pues éstas no excluyen la posibilidad de que, eventualmente, se adopte una decisión definitiva con respecto al “Proyecto Productivo

Ayuí Grande" a partir de una adecuada relación de coordinación entre las autoridades nacionales, locales, de la CARU y del COFEMA, tornando operativo de este modo el sistema federal constitucional, por cuanto debe tenerse en cuenta que no es posible tratar la cuestión como si únicamente estuviera en juego la gestión de las aguas consideradas como recurso natural en los términos del art. 124 de la Constitución Nacional, sino que la solución del conflicto requiere un análisis de interjurisdiccionalidad y de una actuación acorde a la recursos hídricos que se afectarían y a la circunstancia de que conforman un ecosistema integrado.

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

MEDIO AMBIENTE

El ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible; calificación que cambia sustancialmente el enfoque del problema cuando son múltiples los afectados y comprende una amplia región.

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

AGUA

La regulación jurídica del agua se basa en un paradigma eco-céntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como lo establece la Ley General del Ambiente y la protección del agua es fundamental para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia.

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

MEDIO AMBIENTE

No se advierte la existencia de una invasión concreta por parte del Estado Nacional en la esfera de injerencia de la provincia actora, si aquél se circunscribió a efectuar una declaración en ejercicio de atribuciones que le incumben en materia ambiental - resoluciones que dispusieron que las obras de la provincia eran incompatibles con leyes nacionales y acuerdos internacionales - por encontrarse comprometida una cuenca hídrica de carácter interjurisdiccional que trasciende incluso los límites de la República Argentina, de conformidad con el principio precautorio

(art. 4 de la ley 25.675) y produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público.

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

PRINCIPIO PRECAUTORIO

La aplicación del principio precautorio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable; por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso de la economía regional en el caso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras.

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

FEDERALISMO

Al ser el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada.

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

FEDERALISMO

El sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí un enfrentamiento de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 178/193 la Provincia de Corrientes inicia demanda contra el Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros y Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable) con el objeto de que se declare la nulidad e inconstitucionalidad de la resolución 1238/11 dictada por la Secretaría. de Ambiente y Desarrollo Sustentable y de la resolución 1149/11 dictada por la Jefatura de Gabinete de Ministros, con fundamento en que tales actos avasallan el dominio originario de los recursos naturales provinciales y violan el debido proceso y las competencias establecidas en diversas normas federales.

Expresa que el Arroyo Ayuí Grande ubicado en la citada provincia es uno de los afluentes más importantes del Río Miriñay, que desemboca en el Río Uruguay a la altura de la localidad de Monte Caseros. En 1998 una Unión Transitoria de Empresas (U. T.E.) integrada por varias firmas -propietarias de las tierras por donde se extiende el arroyo- presentaron proyecto productivo ante el entonces Instituto Correntino del Agua (ICA) para su aprovechamiento mediante la construcción de un dique que formaría un lago destinado al cultivo del arroz. Con posterioridad ese proyecto inicial fue replanteado y se previó la construcción de una represa, convirtiéndose en un plan de inversión hidráulico-agropecuario de gran envergadura.

Mediante las resoluciones 518/10, 519/10, 520/10, 521/10, 522/10 y 523/10 el Instituto Correntino -del Agua y el Ambiente (ICAA) otorgó las respectivas concesiones de uso de agua pública para riego a las empresas solicitantes y autorizó el inicio de las obras del denominado "Proyecto Productivo Ayuí Grande", cuya aprobación había sido dispuesta previamente por resolución ICAA 424/10.

El inicio de las obras fue suspendido mediante la resolución ICAA 600/10, con motivo del amparo promovido por el Estado Nacional -que tramitó en el expediente E. 172, L. XLVI, "Estado Nacional c/ Provincia de Corrientes s/ Amparo" en la instancia originaria del Tribunal- a fin de que la demandada en esa causa cese en su actividad omisiva y entregue al Estado Nacional todos los antecedentes e informes, incluidos los estudios de impacto ambiental, relacionados con el proyecto de construcción de una represa sobre el Arroyo Ayuí Grande, a los efectos de que las áreas competentes del Estado Nacional puedan expedirse

acerca de su viabilidad, ante la posibilidad de que las obras se encuentren alcanzadas por las previsiones contenidas en el Estatuto del Río Uruguay de 1975, suscripto con la República Oriental del Uruguay.

Continúa relatando que, sin haber tenido la oportunidad de participar en el procedimiento administrativo, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable dictó la resolución 1238/11, mediante la cual estableció que las obras mencionadas resultan incompatibles con las obligaciones asumidas por la República Argentina en aquel Estatuto y otras normas y acuerdos internacionales, pudiendo su ejecución comprometer la responsabilidad internacional del Estado; asimismo, estableció que resultan incompatibles con las disposiciones de las leyes 25.675 y 26.331, contradiciendo los objetivos de la política ambiental nacional. Este acto fue confirmado por la resolución 1149/11, dictada por la Jefatura de Gabinete de Ministros rechazar el recurso jerárquico interpuesto.

Expresa que la resolución impugnada avasalla la potestad de regular el uso y aprovechamiento de sus recursos naturales de conformidad con lo establecido por el art. 124 de la Constitución Nacional, la que debe ejercer sin interferencias del Estado Nacional. Al respecto, sostiene que el Arroyo Ayuí Grande y el Río Miriñay integran su dominio originario y, por lo tanto, el Estado Nacional no puede impedir su uso racional y productivo para la economía provincial, abusando para ello de un presunto control ambiental.

Entiende que se ha violado su derecho al debido proceso, toda vez que no tuvo oportunidad de participar en el Grupo de Trabajo que formó la Secretaría pese a que se estaba decidiendo la suerte de un emprendimiento relacionado con el uso de un recurso natural de su dominio originario, sino que recién tuvo conocimiento de su existencia cuando se le notificó la resolución -SAyDS- 1238/11.

Pone deresalto que la Secretaría no tiene competencia para controlar en forma exclusiva el impacto ambiental que pueda tener el emprendimiento, pues ello no está previsto en las normas de creación, ni en el Estatuto del Río Uruguay, ni en las leyes 25. 675 y 26.331. Dicha competencia, a su criterio, debe ser ejercida en forma coordinada con los organismos provinciales, interjurisdiccionales e internacionales que representan los intereses de quienes se encuentran alcanzados por la decisión que se adopte. En particular, entiende que fueron violadas las competencias de la CARU -que tiene la potestad de determinar si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra parte-, del Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA) -con competencia

para exigir y controlar realización de estudios de impacto ambiental, en emprendimientos con efectos interjurisdiccionales, nacionales e internacionales- y del correspondiente comité de cuencas hídricas creado por la ley 25.688.

-II-

A fs. 309/383 se presenta el Estado Nacional y contesta demanda, solicitando su rechazo.

Tras efectuar las negativas de rigor, sostiene que tanto la resolución -SAyDS- 1238/11 como su ratificatoria constituyenactos administrativos legítimos, dictados en ejercicio de competencias propias, con sustento en los daños ambientales que podría producir fuera del territorio provincial el "Proyecto Productivo Ayuí Grande". Añade que debe tenerse en cuenta que se halla en juego la protección de diversos bienes tutelados por el ordenamiento jurídico que rige en materia ambiental, tales como el derecho de acceso y uso del agua y todos su derechos conexos (a la vida, a la salud, a la vivienda, a la propiedad), la biodiversidad, la adecuada protección de bosques nativos y el derecho colectivo al ambiente.

Pone de resalto que el emprendimiento que la actora promueve tendrá impactos ambientales múltiples y negativos más allá de sus propios límites e incluso de su frontera internacional y que, pese a ello, no ha cumplido sus obligaciones de activar útil, eficaz e institucionalmente los distintos mecanismos de concertación federal al conocer las implicancias del emprendimiento. Señala que la provincia no ponderó debidamente los efectos que éste tendrá con respecto a la calidad de las aguas y al aporte de éstas sobre la Cuenca del Arroyo Ayuí - Río Miriñay - Río Uruguay, que tiene alcance interprovincial e internacional, cuando la Argentina se ha destacado precisamente por ocuparse de coordinar políticas ambientales y por dictar normas de diferente nivel dirigidas a regular el tópico ambiental en materia de cuidado del agua.

Considera que la actora efectúa una interpretación errónea de los arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional. Sostiene que la manda contenida en el art. 41 encuentra su origen en el disímil desarrollo normativo que existe en el país en materia ambiental y en que los niveles de protección deben establecerse en un piso común, evitando situaciones de inequidad para con los habitantes de aquellas jurisdicciones que cuentan con una protección ambiental legal e institucional más débil que la mínima necesaria.

En cuanto al principio establecido en el art. 124, segundo párrafo, expresa que dicha cláusula no constituye una concesión irrestricta para que una provincia explote dentro de su territorio sus recursos naturales sin tener en cuenta los presupuestos mínimos ambientales que determine la Nación, los efectos sobre el ecosistema -tanto interprovinciales como internacionales- y los principios de política ambiental fijados en la Ley General del Ambiente. Cita jurisprudencia de la Corte en el sentido de que, ante la existencia de jurisdicciones concurrentes entre la Nación y las provincias, estas últimas deben observar una conducta que no interfiera directa ni indirectamente con la satisfacción de servicios de interés público nacional.

Pone de resalto que las resoluciones cuestionadas procuran denunciar y prevenir los efectos ambientales nocivos que producirían el uso de fertilizantes y agroquímicos utilizados en el cultivo del arroz, las inundaciones de miles de hectáreas de bosques nativos y la disminución del caudal de la cuenca, más allá del territorio de la provincia actora; como así también preservar reservas estratégicas de recursos hídricos compartidas con más de una provincia (como la Provincia de Entre Ríos) y por un Estado extranjero, para el consumo humano, para la agricultura, proveyendo agua para la recarga de cuencas hidrográficas y para la protección de la biodiversidad. Expresa que existe un legítimo interés nacional que impone la necesidad de intervenir en la evaluación del impacto ambiental del proyecto productivo y en el control y fiscalización de la obra propuesta, pues afectará las aguas del Arroyo Ayuí Grande, afluente del Río Miriñay, curso de agua que desemboca en el Río Uruguay, es decir que impactará sobre ambientes de base hídrica interjurisdiccional.

Asimismo, funda la legitimidad de la resolución SAyDS-1238/11 en que fue dictada de conformidad con la normativa supranacional, constitucional y legal involucrada. En primer lugar sostiene que, en atención a la naturaleza internacional del Río Uruguay, que constituye el cuerpo receptor final de los efluentes que genere la actividad propuesta, el Estado Nacional debe evaluar la pertinencia de conferir intervención en el ámbito de su competencia a la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU), en los términos de los arts7º. a 13 del Estatuto del Río Uruguay de 1975 (aprobado por la ley 21.413). Seguidamente, señala que la actora impidió a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable el ejercicio de la competencia asignada al Poder Ejecutivo como autoridad de aplicación de la ley 25.675, que establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, así como la preservación y protección de la diversidad biológica.

Por otra parte, reclama su intervención a fin de establecer la observancia de los presupuestos mínimos para la protección de los bosques nativos impuestos por la ley 26.331, por cuanto la Declaración de Impacto Ambiental de la obra habría sido aprobada por el Instituto Correntino del Agua y el Ambiente (ICAA) cuando aún no se encontraba vigente la ley provincial 5.974 que establece el Plan de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos, por lo que la provincia avanzó en el tratamiento y aprobación del' proyecto con prescindencia de la delimitación impuesta en el art. 7º de la ley nacional. Al respecto, añade que la ley provincial no se ajusta a la nacional y que las medidas adoptadas por la provincia con posterioridad resultan insuficientes para proteger la región fitogeográfica denominada "El Espinal" (que comparte con la Provincia de Entre Ríos), la cual abarca el cincuenta por ciento (50%) del total de los bosques nativos provinciales, dado que ha quedado libre de restricciones para la explotación y el desmonte en un noventa y cuatro por ciento (94%), puesto que dichos bosques fueron tratados como "zonas verdes" (categoría III según la ley 5.974) y no como "zonas rojas" (categoría I, es decir, requirentes de urgente protección) como lo indica la ley 26.331, quedando comprometidas 4.200 hectáreas aproximadamente.

Destaca que la SAyDS debe resguardar la debida observancia de las leyes básicas o de presupuestos mínimos de protección ambiental y, en ejercicio de esa competencia, actúa en el caso en defensa del ambiente -que resulta alterado de manera significativa y negativa- con incidencia sobre las relaciones internacionales, cuya tutela es responsabilidad exclusiva y excluyente del Estado Nacional.

Con respecto a la defensa de los humedales (ley 23.919), sostiene que la implementación de la represa sobre el Arroyo Ayuí Grande implicará profundos cambios en el ambiente y en las condiciones ecológicas del humedal que afectarían a todas las especies vivientes que forman parte del ecosistema y, en particular, a la fauna ictícola que alberga la cuenca del Río Miriñay.

En cuanto a la violación del debido proceso que alega la provincia, expresa que no tenía obligación legal de someterse a las prescripciones de la ley 19.549 en razón de la autonomía que le reconoce la Constitución Nacional, circunstancia que la habilitaba a cuestionar la resolución -SAyDS- 1238/11 en forma directa en sede judicial. Agrega que la deducción del recurso jerárquico demuestra que la actora pudo ejercer su derecho de defensa en la instancia administrativa y esgrimir todos los agravios que consideró pertinentes, además de tener oportunidad de ofrecer y ampliar la prueba. También concurrencia

ante los estrados judiciales confirma que se ha respetado en forma total su derecho al debido proceso.

Finalmente, pone de resalto que el proyecto agropecuario que se pretende realizar afecta un recurso natural interjuris-diccional, motivo por el cual la provincia le debió dar participación a fin de integrar el acto de habilitación de las obras, siendo insuficiente la sola autorización del Estado provincial. A su vez, el Estado Nacional debe dar intervención en el ámbito de su competencia a la CARU -según los términos del Estatuto del Río Uruguay- por tratarse de una obra de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas. Añade que, en realidad, la provincia le debería haber dado intervención desde la presentación del "Proyecto Productivo Ayuí Grande" para que el proceso de evaluación de impacto ambiental previo a la declaración de impacto ambiental se llevara a cabo de manera conjunta y común.

-III-

Producida la prueba y presentados los alegatos (fs. 746/761 y 762/789), V.E. corre vista a este Ministerio Público a fs. 790.

-IV-

Ante todo, cabe señalar que la cuestión que se debate en el *sub lite* se vincula con la validez de las resoluciones 1238/11 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y 1149/11 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, mediante las cuales se declaró la incompatibilidad del Proyecto Productivo Ayuí Grande con el Estatuto del Río Uruguay de 1975, con las disposiciones de la Ley General del Ambiente 25.675 y de la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos 26.331 y, asimismo, con otras normas y acuerdos internacionales vigentes en materia ambiental.

Con anterioridad al dictado de tales actos, el Estado Nacional inició ante la instancia originaria del Tribunal una acción de amparo contra la Provincia de Corrientes, a fin de que cese en su actitud omisiva y le haga entrega de todos los antecedentes e informes, incluidos los estudios de impacto ambiental, relacionados con el proyecto de construcción de una represa sobre el Arroyo Ayuí Grande, situado en las proximidades de la localidad de Mercedes de esa provincia, a los efectos de que las áreas pertinentes pudieran expedirse acerca de su viabilidad. Lo solicitado obedeció a que, a su entender, una modificación en el curso, caudal o calidad de las aguas del río Uruguay podría generar

responsabilidad internacional de la República Argentina en virtud del eventual incumplimiento del Estatuto de 1975 suscripto con el gobierno de la República Oriental del Uruguay.

La Corte Suprema hizo lugar al amparo y ordenó que se entregaran al Estado Nacional los expedientes administrativos acompañados en copia certificada por la demandada, a los efectos de que valorara en el plazo de noventa (90) días corridos si las obras concernientes al "Proyecto Productivo Ayuí Grande" se encontraban alcanzadas por las previsiones contenidas en los arts. 7º a 13 del Estatuto del Río Uruguay de 1975. Asimismo, dispuso la suspensión de las obras proyectadas durante el plazo mencionado (v. sentencia del 12 de noviembre de 2010, *in re* E. 172, L. XLVI, "Estado Nacional c/ Corrientes, Provincia de s/ amparo").

Como consecuencia de las circunstancias reseñadas y tras la realización de un examen exhaustivo por parte de las áreas técnicas y del Grupo de Trabajo interdisciplinario que se conformó para determinar el impacto ambiental que producirá el embalse proyectado, dicha Secretaría concluyó en que se impone la jurisdicción federal en la ejecución de medidas protectoras del ambiente y en el control y fiscalización de la obra propuesta, por cuanto impacta negativamente de manera significativa sobre ambientes de base hídrica interjuris-diccional, siendo el ecosistema sobre el que recae una unidad ambiental constituida por el sistema Ayuí-Miriñay-Uruguay (v. considerandos de la resoluciones -SAyDS- 1238/11 y 1149/11 de la Jefatura de Gabinete).

Sentado lo anterior corresponde examinar el argumento expuesto por la actora referido a la inconstitucionalidad y nulidad de los actos en cuestión sobre la base de. que el Estado Nacional avasalla, a su juicio, el dominio originario de sus recursos naturales reconocido a las provincias por el art. 124 de la Constitución Nacional bajo el pretexto de ejercer atribuciones conferidas en materia ambiental (art. 41 de la Ley Fundamental y leyes 25. 675 y 26.331).

Dilucidar este aspecto de la cuestión remite a la delimitación de las órbitas de competencia entre los poderes del gobierno federal y los de una provincia en lo que atañe a la protección del medio ambiente y la gestión de una cuenca hídrica, a los efectos de determinar si la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable (SAyDS) y la Jefatura de Gabinete de Ministros han actuado de conformidad con las atribuciones conferidas por el art. 41 de la Constitución Nacional, por el Estatuto del Río Uruguay de 1975 a favor de los estados parte y por las leyes 25. 675 y 26.331 o si, por el contrario, asiste razón a la actora

en cuanto sostiene que se han desconocido las, potestades que derivan del art. 124, segundo párrafo, de la Constitución Nacional.

Al respecto, corresponde señalar que el art. 41 de la Constitución Nacional consagra a favor de todos los habitantes "'el derecho a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras". Asimismo, dispone que "…corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarias, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales".

La ley 25.675, a su vez, establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (art. 1º). Aclara que se entiende por presupuesto mínimo a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental (art. 6º).

En cuanto a la autoridad de aplicación, cabe recordar que el decreto 1919/06 -que modificó el decreto 357/02 y se encontraba vigente al momento en que se dictaron las resoluciones impugnadas- disponía que la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable debía, entre otros objetivos, entender en la preservación, protección, defensa y mejoramiento del ambiente, en la implementación del desarrollo sustentable, en la utilización racional y conservación de los recursos naturales, renovables y no renovables, la preservación ambiental del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológicas tendientes a alcanzar un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, en el marco de lo dispuesto por el art. 41 de la Constitución Nacional. Asimismo, se le atribuyó la potestad para entender en la aplicación de los tratados internacionales relacionados con los temas de su competencia e intervenir en la formulación de convenios internacionales en los asuntos propios de su área (v. planilla anexa al art. 2º, puntos 8 y 16).

En cuanto a la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos 26.331, procede señalar que su art. 11 establece que la SAyDS es la autoridad de aplicación en jurisdicción nacional y tiene a su cargo la ejecución del Programa Nacional de Protección de los Bosques Nativos, entre cuyos objetivos se encuentra el de promover la aplicación de medidas de conservación, restauración, aprovechamiento y ordenamiento según proceda (art. 12).

Por su parte, el Estatuto del Río Uruguay -suscripto en 1975 con el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y aprobado mediante la ley 21. 413- dispone en el anexo A, art. 7º, que la parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualquier obra de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas, debe comunicarlo a la CARU, la que debe determinar sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra parte. El procedimiento previsto en los arts. 7º a 12 se aplica tanto a obras nacionales como binacionales que cualquiera de las partes proyecte realizar, dentro de su jurisdicción, en el Río Uruguay fuera del tramo definido como río y en las respectivas áreas de influencia de ambos tramos (art. 13). En forma concordante, establece que cada parte podrá ejercer el derecho de aprovechamiento de las aguas dentro de su jurisdicción, sin perjuicio del procedimiento previsto en los arts. 7º a 12 cuando el aprovechamiento sea de entidad suficiente para afectar el régimen del río o la calidad de sus aguas (art. 27).

El art. 35, por su parte, dispone que las partes se obligan a adoptar las medidas necesarias para que la utilización de las aguas subterráneas y la de los afluentes del río no causen una alteración que perjudique sensiblemente su régimen o la calidad de sus aguas.

Sobre la base de las disposiciones antes reseñadas, se advierte que, si bien la obra proyectada se realizaría sobre recursos hídricos que nacen y concluyen dentro del territorio de la provincia actora, lo cierto es que las autoridades nacionales resultan competentes para adoptar un temperamento protector del medio ambiente en ejercicio de facultades precautorias ante una situación de peligro como la que se presenta en el *sub lite*, en razón de que, según surge de los estudios interdisciplinarios realizados, las aguas que serán afectadas por las obras conforman la Cuenca Hídrica Ayuí Grande-Río Miriñay-Río Uruguay, siendo este último de carácter internacional (v. informes obrantes a fs. 256/260, 261/276, 277/287 y 288/308).

Ello es así, pues la titularidad de los recursos naturales que contempla el art. 124 de la Constitución Nacional a favor de las provincias no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de la jurisdicción que corresponde al Estado Nacional en materia ambiental -máxime si se encuentran en juego los presupuestos mínimos- cuando se trata de un recurso interjurisdiccional e indivisible que se extiende más allá de la frontera provincial, tal como ocurre en el *sub lite*.

En tal sentido, cabe recordar que la ley 25.688 que regula el Régimen de Gestión de Aguas dispone que se entiende "por cuenca hídrica superficial, a la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas " (art. 2º), la cual es considerada como una unidad ambiental de gestión del recurso, de carácter "indivisible" (art. 3º).

En ocasión de pronunciarse acerca de un conflicto entre dos provincias con motivo del aprovechamiento de un río, V.E. ha dicho que la concepción misma de la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular. Se entiende por cuenca hidrográfica el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común. La cuenca hidrográfica es el eje de la acción a cargo del Organismo de Cuenca. Asimismo, señaló que las cuencas son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada (v. sentencia del 1º de diciembre de 2017, *in re* CSJ 243/2014 (50L) /CS1, "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas", Fallos: 340:1695).

Desde otra perspectiva, es preciso señalar que la Secretaría y la Jefatura de Gabinete no dispusieron la paralización de las obras proyectadas ni se pronunciaron acerca de la legitimidad de los actos provinciales de aprobación o la concesión del uso de las aguas, sino que se limitaron a establecer la incompatibilidad del emprendimiento con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino en materia ambiental, con fundamento en que las autorizaciones fueron otorgadas por los órganos locales sobre la base de un estudio que contiene datos que parecerían cuestionables y con impactos previstos que serían inexactos, omitiendo ponderar además que las obras tendrán un impacto negativo múltiple sobre un ecosistema que constituye una unidad ambiental y trasciende los -límites de la provincia y aun los de la República Argentina.

En efecto, de los informes técnicos elaborados en el ámbito de la demandada se desprende claramente la necesidad de adoptar una perspectiva que considere al agua como un soporte vital e inescindible del ambiente, como así también que el proyecto productivo producirá una afectación relevante por los residuos peligrosos que derivan del uso de fertilizantes y agroquímicos utilizados en el cultivo del arroz, por las alteraciones que produce la inundación de grandes extensio-

nes de bosques nativos, por la pérdida de la diversidad biológica y de especies migratorias, por la desaparición de humedales, por la disminución del caudal en el Arroyo Ayuí Grande-Río Miriñay, por la afloración indiscriminada de algas a causa del vuelco artificial de nutrientes, entre otras consecuencias.

Por lo demás, las resoluciones impugnadas de ningún modo excluyen la posibilidad de que, eventualmente, se adopte una decisión definitiva con respecto al 'Proyecto Productivo Ayuí Grande" a partir de una adecuada relación de coordinación entre las autoridades nacionales, locales, de la CARU y del COFEMA, tornando operativo de este modo el sistema federal constitucional. Ello es así, por cuanto debe tenerse en cuenta que no es posible tratar la cuestión en debate como si únicamente estuviera en juego la gestión de las aguas consideradas como recurso natural en los términos del art. 124 de la Constitución Nacional, sino que la solución del conflicto requiere un análisis y una actuación acorde a la interjurisdiccionalidad de los recursos hídricos que se afectarían y a la circunstancia de que conforman un ecosistema integrado.

En este sentido, cabe recordar que V.E. sostuvo que el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos: 329:2316) calificación que cambia sustancialmente el enfoque del problema cuando son múltiples los afectados y comprende una amplia región. Asimismo, expresó que la regulación jurídica del agua ha cambiado sustancialmente en los últimos años basándose en un paradigma eco-céntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (v. sentencia del 1º de diciembre de 2017, en la causa "La Pampa" antes citada) y sostuvo que la protección del agua es fundamental para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia (v. sentencia del 2 de diciembre de 2014, in re 42/2013 (49-K), "Kersich Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo", Fallos: 337:1361).

Habida cuenta de lo expuesto, no se advierte la existencia de una invasión concreta por parte del Estado Nacional en la esfera de injerencia de la provincia actora puesto que aquél se circunscribió a efectuar una declaración en ejercicio de atribuciones que le incumben en materia ambiental por encontrarse comprometida una cuenca hídrica de carácter interjurisdiccional que trasciende incluso los límites de la República Argentina, de conformidad con el principio precautorio al que antes se aludió (art. 4º de la ley 25.675) y produce una obligación

de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Al respecto, V.E. tiene dicho que la aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso de la economía regional en el caso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras (Fallos: 332:663).

Finalmente, entiendo que tampoco resultan procedentes los argumentos esgrimidos por la actora en cuanto a que no se le permitió exponer, en sede administrativa, las razones de su decisión, ni ofrecer y producir prueba, ni controlar la prueba producida, o presentar alegatos- Cabe recordar, al efecto, que la Secretaría inició las actuaciones que dieron origen al dictado de la resolución 1238/11 al tomar conocimiento del proyecto de construcción de la represa sobre el Arroyo Ayuí Grande y, a fin de expedirse acerca de su viabilidad, debió promover la acción de amparo a la que se aludió ante la omisión de la propia provincia, quien se habría negado en un principio a entregar los antecedentes e informes relacionados con dicha obra, amparo en el que la provincia pudo expresar argumentos y defensas.

En estas condiciones, el Estado Nacional se encontraba obligado a resguardar su responsabilidad en lo que atañe a la conservación del ecosistema sobre el que incidiría el proyecto, lo que requería una actuación inmediata -a través de sus órganos competentes- en cumplimiento de obligaciones propias de tutela y en su carácter de parte en acuerdos internacionales en vigor relativos al aprovechamiento de los recursos hídricos compartidos (Estatuto del Río Uruguay y leyes 25.675 y 26.331) a lo que se suma que la provincia tuvo oportunidad, además, de expresar sus argumentos al tiempo de impugnar, administrativa y judicialmente, los actos de las autoridades nacionales. No obstante ello, la medida que adoptó el Estado Nacional sobre la base de la información suministrada por la provincia y por los organismos técnicos que actuaron en el orden nacional, de ningún modo impide la participación de las autoridades locales, de la CARU y el COFEMA, en la oportunidad y con el alcance que correspondan.

Ello es así pues, al ser el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal al sostener que el sistema

federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí un enfrentamiento de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes (Fallos: 330:4564 consid. 11 y Fallos: 304:1186; 305:1847; 322:2862; 327:5012, entre otros).

-V-

Opino, por lo tanto, que corresponde rechazar la demanda promovida contra el Estado Nacional. Buenos Aires, 28 de septiembre de 2018. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", de los que

Resulta:

I) A fs. 178/193 la Provincia de Corrientes inicia demanda contra el Estado Nacional (Jefatura de Gabinete de Ministros y Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable) con el objeto de que se declare la nulidad e inconstitucionalidad de la resolución 1238/11 dictada por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y de la resolución 1149/11 dictada por la Jefatura de Gabinete de Ministros, con fundamento en que tales actos avasallan el dominio originario de los recursos naturales provinciales y violan el debido proceso y las competencias establecidas en diversas normas federales.

Expresa que el Arroyo Ayuí Grande ubicado en la citada provincia es uno de los afluentes más importantes del Río Miriñay, que desemboca en el Río Uruguay a la altura de la localidad de Monte Caseros. Agrega que, en 1998, una Unión Transitoria de Empresas (U.T.E.) integrada por varias firmas –propietarias de las tierras por donde se ex-

tiende el arroyo– presentaron un proyecto productivo ante el entonces Instituto Correntino del Agua (ICA) para su aprovechamiento mediante la construcción de un dique que formaría un lago destinado al cultivo del arroz. Con posterioridad ese proyecto inicial fue replanteado y se previó la construcción de una represa, convirtiéndose en un plan de inversión hidráulico-agropecuario de gran envergadura.

Mediante las resoluciones 518/10, 519/10, 520/10, 521/10, 522/10 y 523/10 el Instituto Correntino del Agua y el Ambiente (ICAA) otorgó las respectivas concesiones de uso de agua pública para riego a las empresas solicitantes y autorizó el inicio de las obras del denominado "Proyecto Productivo Ayuí Grande", cuya aprobación había sido dispuesta previamente por resolución ICAA 424/10.

Destaca que el inicio de las obras fue suspendido mediante la resolución ICAA 600/10, con motivo del amparo promovido por el Estado Nacional –que tramitó en el expediente CSJ 172/2010 (46-E)/CS1, "Estado Nacional c/ Provincia de Corrientes s/ amparo" en la instancia originaria de este Tribunal– a fin de que la provincia, demandada en esa causa y aquí actora, cese en su actividad omisiva y entregue al Estado Nacional todos los antecedentes e informes, incluidos los estudios de impacto ambiental, relacionados con el proyecto de construcción de una represa sobre el Arroyo Ayuí Grande, a los efectos de que las áreas competentes del Estado Nacional puedan expedirse acerca de su viabilidad, ante la posibilidad de que las obras se encuentren alcanzadas por las previsiones contenidas en el Estatuto del Río Uruguay de 1975, suscripto con la República Oriental del Uruguay.

Continúa relatando que, sin haber tenido la oportunidad de participar en el procedimiento administrativo, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable dictó la resolución 1238/11, mediante la cual estableció que las obras mencionadas resultan incompatibles con las obligaciones asumidas por la República Argentina en aquel Estatuto y otras normas y acuerdos internacionales, pudiendo su ejecución comprometer la responsabilidad internacional del Estado; asimismo, estableció que resultan incompatibles con las disposiciones de las leyes 25.675 y 26.331, contradiciendo los objetivos de la política ambiental nacional. Este acto fue confirmado por la resolución 1149/11, dictada por la Jefatura de Gabinete de Ministros al rechazar el recurso jerárquico interpuesto.

Expresa que la resolución impugnada avasalla la potestad de regular el uso y aprovechamiento de sus recursos naturales de conformidad con lo establecido por el art. 124 de la Constitución Nacional, la que debe ejercer sin interferencias del Estado Nacional. Al respecto, sostiene que el Arroyo Ayuí Grande y el Río Miriñay integran su dominio originario y, por lo tanto, el Estado Nacional no puede impedir su uso racional y productivo para la economía provincial, abusando para ello de un presunto control ambiental.

Entiende que se ha violado su derecho al debido proceso, toda vez que no tuvo oportunidad de participar en el Grupo de Trabajo que formó la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, pese a que se estaba decidiendo la suerte de un emprendimiento relacionado con el uso de un recurso natural de su dominio originario, y que recién tuvo conocimiento de su existencia cuando se le notificó la resolución –SAyDS– 1238/11.

Pone de resalto que la citada Secretaría no tiene competencia para controlar en forma exclusiva el impacto ambiental que pueda tener el emprendimiento, pues ello no está previsto en las normas de creación, ni en el Estatuto del Río Uruguay, ni en las leyes 25.675 y 26.331. Dicha competencia, a su criterio, debe ser ejercida en forma coordinada con los organismos provinciales, interjurisdiccionales e internacionales que representan los intereses de quienes se encuentran alcanzados por la decisión que se adopte. En particular, entiende que fueron violadas las competencias de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) –que tiene la potestad de determinar si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra parte–, del Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA) –con competencia para exigir y controlar la realización de estudios de impacto ambiental, en emprendimientos con efectos interjurisdiccionales, nacionales e internacionales– y del correspondiente comité de cuencas hídricas creado por la ley 25.688.

II) A fs. 221/222 vta. dictaminó la señora Procuradora Fiscal y, sobre la base de esa opinión, a fs. 223 este Tribunal declaró su competencia originaria para entender en la presente causa.

III) A fs. 309/383 se presenta el Estado Nacional y contesta demanda, solicitando su rechazo.

Tras efectuar las negativas de rigor, sostiene que tanto la resolución –SAyDS– 1238/11 como su ratificatoria constituyen actos administrativos legítimos, dictados en ejercicio de competencias propias, con sustento en los daños ambientales que podría producir fuera del territorio provincial el "Proyecto Productivo Ayuí Grande". Añade que debe tenerse en cuenta que se halla en juego la protección de diversos bienes tutelados por el ordenamiento jurídico que rige en materia ambiental, tales como el derecho de acceso y uso del agua y todos sus derechos conexos (a la vida, a la salud, a la vivienda, a la propiedad), la biodiversidad, la adecuada protección de bosques nativos y el derecho colectivo al ambiente.

Pone de resalto que el emprendimiento que la actora promueve tendrá impactos ambientales múltiples y negativos más allá de sus propios límites e incluso de su frontera internacional y que, pese a ello, no ha cumplido sus obligaciones de activar útil, eficaz e institucionalmente los distintos mecanismos de concertación federal al conocer las implicancias del emprendimiento. Señala que la provincia no ponderó debidamente los efectos que este tendrá con respecto a la calidad de las aguas y al aporte de estas sobre la Cuenca del Arroyo Ayuí - Río Miriñay - Río Uruguay, que tiene alcance interprovincial e internacional, cuando la Argentina se ha destacado precisamente por ocuparse de coordinar políticas ambientales y por dictar normas de diferente nivel dirigidas a regular el tópico ambiental en materia de cuidado del agua.

Considera que la actora efectúa una interpretación errónea de los arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional. Sostiene que la manda contenida en el art. 41 encuentra su origen en el disímil desarrollo normativo que existe en el país en materia ambiental y en que los niveles de protección deben establecerse en un piso común, evitando situaciones de inequidad para con los habitantes de aquellas jurisdicciones que cuentan con una protección ambiental legal e institucional más débil que la mínima necesaria.

En cuanto al principio establecido en el art. 124, segundo párrafo, expresa que dicha cláusula no constituye una concesión irrestricta para que una provincia explote dentro de su territorio sus recursos naturales sin tener en cuenta los presupuestos mínimos ambientales que determine la Nación, los efectos sobre el ecosistema –tanto interprovinciales como internacionales– y los principios de política ambiental fijados en la Ley General del Ambiente. Cita jurisprudencia de

esta Corte en el sentido de que, ante la existencia de jurisdicciones concurrentes entre la Nación y las provincias, estas últimas deben observar una conducta que no interfiera directa ni indirectamente con la satisfacción de servicios de interés público nacional.

Pone de resalto que las resoluciones cuestionadas procuran denunciar y prevenir los efectos ambientales nocivos que producirían el uso de fertilizantes y agroquímicos utilizados en el cultivo del arroz, las inundaciones de miles de hectáreas de bosques nativos y la disminución del caudal de la cuenca, más allá del territorio de la provincia actora; como así también preservar reservas estratégicas de recursos hídricos compartidas con más de una provincia (como la Provincia de Entre Ríos) y por un Estado extranjero, para el consumo humano, para la agricultura, proveyendo agua para la recarga de cuencas hidrográficas y para la protección de la biodiversidad. Expresa que existe un legítimo interés nacional que impone la necesidad de intervenir en la evaluación del impacto ambiental del proyecto productivo y en el control y fiscalización de la obra propuesta, pues afectará las aguas del Arroyo Ayuí Grande, afluente del Río Miriñay, curso de agua que desemboca en el Río Uruguay, es decir que impactará sobre ambientes de base hídrica interjurisdiccional.

Asimismo, funda la legitimidad de la resolución SAyDS-1238/11 en que fue dictada de conformidad con la normativa supranacional, constitucional y legal involucrada. En primer lugar sostiene que, en atención a la naturaleza internacional del Río Uruguay, que constituye el cuerpo receptor final de los efluentes que genere la actividad propuesta, el Estado Nacional debe evaluar la pertinencia de conferir intervención en el ámbito de su competencia a la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU), en los términos de los arts. 7° a 13 del Estatuto del Río Uruguay de 1975 (aprobado por la ley 21.413). Seguidamente, señala que la actora impidió a la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable el ejercicio de la competencia asignada al Poder Ejecutivo como autoridad de aplicación de la ley 25.675, que establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, así como la preservación y protección de la diversidad biológica.

Por otra parte, reclama su intervención a fin de establecer la observancia de los presupuestos mínimos para la protección de los bosques nativos impuestos por la ley 26.331, por cuanto la De-

claración de Impacto Ambiental de la obra habría sido aprobada por el Instituto Correntino del Agua y el Ambiente (ICAA) cuando aún no se encontraba vigente la ley provincial 5974 que establece el Plan de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos, por lo que la provincia avanzó en el tratamiento y aprobación del proyecto con prescindencia de la delimitación impuesta en el art. 7° de la ley nacional. Al respecto, añade que la ley provincial no se ajusta a la nacional y que las medidas adoptadas por la provincia con posterioridad resultan insuficientes para proteger la región fitogeográfica denominada "El Espinal" (que comparte con la Provincia de Entre Ríos), la cual abarca el cincuenta por ciento (50%) del total de los bosques nativos provinciales, dado que ha quedado libre de restricciones para la explotación y el desmonte en un noventa y cuatro por ciento (94%), en razón de que dichos bosques fueron tratados como "zonas verdes" (categoría III según la ley 5974) y no como "zonas rojas" (categoría I, es decir, requirentes de urgente protección) como lo indica la ley 26.331, quedando comprometidas 4.200 hectáreas aproximadamente.

Destaca que la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable debe resguardar la debida observancia de las leyes básicas o de presupuestos mínimos de protección ambiental y, en ejercicio de esa competencia, actúa en el caso en defensa del ambiente –que resulta alterado de manera significativa y negativa– con incidencia sobre las relaciones internacionales, cuya tutela es responsabilidad exclusiva y excluyente del Estado Nacional.

Con respecto a la defensa de los humedales (ley 23.919), sostiene que la implementación de la represa sobre el Arroyo Ayuí Grande implicará profundos cambios en el ambiente y en las condiciones ecológicas del humedal que afectarían a todas las especies vivientes que forman parte del ecosistema y, en particular, a la fauna ictícola que alberga la cuenca del Río Miriñay.

En cuanto a la violación del debido proceso que alega la provincia, expresa que no tenía obligación legal de someterse a las prescripciones de la ley 19.549 en razón de la autonomía que le reconoce la Constitución Nacional, circunstancia que la habilitaba a cuestionar la resolución –SAyDS– 1238/11 en forma directa en sede judicial. Agrega que la deducción del recurso jerárquico demuestra que la actora pudo ejercer su derecho de defensa en la instancia administrativa y esgri-

mir todos los agravios que consideró pertinentes, además de tener la oportunidad de ofrecer y ampliar la prueba. También la concurrencia ante los estrados judiciales confirma que se ha respetado en forma total su derecho al debido proceso.

Finalmente, pone de resalto que el proyecto agropecuario que se pretende realizar afecta un recurso natural interjurisdiccional, motivo por el cual la provincia le debió dar participación a fin de integrar el acto de habilitación de las obras, siendo insuficiente la sola autorización del Estado provincial. A su vez, el Estado Nacional debe dar intervención en el ámbito de su competencia a la CARU –según los términos del Estatuto del Río Uruguay– por tratarse de una obra de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas. Añade que, en realidad, la provincia le debería haber dado intervención desde la presentación del "Proyecto Productivo Ayuí Grande" para que el proceso de evaluación de impacto ambiental previo a la declaración de impacto ambiental se llevara a cabo de manera conjunta y común.

IV) A fs. 746/761 vta. y 762/789, la actora y el Estado Nacional presentaron sus respectivos alegatos.

V) A fs. 792/801 vta. dictamina la señora Procuradora Fiscal en virtud de la vista que se le corrió a fs. 790.

Considerando:

Que la presente causa es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

Que la cuestión que se debate en el *sub lite*, vinculada con la validez de las resoluciones 1238/11 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y 1149/11 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, ha sido adecuadamente tratada por la señora Procuradora Fiscal en el capítulo IV de su dictamen, cuyos fundamentos y conclusiones esta Corte comparte y a los cuales se remite en razón de brevedad.

Por ello, se resuelve: Rechazar la demanda promovida por la Provincia de Corrientes, con costas en el orden causado (art. 1° del decre-

to 1204/2001). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

Parte actora: **Provincia de Corrientes**, representada por los **Dres. Carlos Alberto Pila, Luis Eduardo Rey Vázquez** y con el patrocinio letrado del **Dr. Alberto B. Bianchi.**

Parte demandada: **Estado Nacional**, representado por los **Dres. Susana Beatriz Pérez Vexina, Marcelo Adrián Bibini, María Fernanda Arcuri** y con el patrocinio letrado de la **Dra. Angelina María Esther Abbona.**

R. P., C. A. c/ M. O., N. D. R. s/ RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

La Corte tiene las atribuciones necesarias para disponer, en el marco de todas las causas promovidas ante sus estrados por las diversas vías legalmente contempladas, la adopción de medidas que juzgare convenientes para obtener información sobre circunstancias concernientes a los asuntos sobre los que es llamada a intervenir.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Sin abrir juicio sobre la concurrencia de los requisitos que condicionan la admisibilidad del recurso promovido por la parte actora, corresponde a la Corte ordenar con carácter urgente la realización de las medidas para mejor proveer peticionadas por la Defensoría General de la Nación a fin de conocer el paradero de la niña cuya restitución se solicita en la causa.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de marzo de 2021.

Vistos los Autos; Considerando:

1°) Que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió revocar la sentencia de primera instancia y rechazó la demanda mediante la cual la parte actora había solicitado la restitución de su hija a la República Bolivariana de Venezuela.

Contra esa decisión, la vencida dedujo la apelación federal, que fue concedida.

2°) Que este Tribunal confirió vista del expediente a la Defensoría General de la Nación. El señor Defensor General adjunto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación condicionó su informe a la realización -con carácter urgente- de medidas para mejor proveer que tienen por objeto dilucidar con certeza el paradero de la niña P. A. R. M., lo que permitirá definir la competencia de esta Corte y de la Defensoría en estos actuados.

3°) Que, precisamente, el señor Defensor General ante esta Corte, señaló que "*Tal necesidad se basa, en que tanto de la lectura del recurso extraordinario, como de la presentación efectuada a fs. 248 –digital-, se indica que no se ha podido determinar el paradero de la niña y su progenitora, quienes según lo aportado por la defensora oficial que ejerce la representación de la actora, de los registros de INTERPOL se desprende que se encontrarían fuera del país*". Mencionó que la demandada "*en oportunidad de contestar el recurso extraordinario, solo se limitó a refutar que la parte actora no había aportado elementos probatorios respecto de sus dichos. De ello emerge que la Sra. M.O., quien por el principio de la carga dinámica de la prueba, se encontraría en mejores condiciones de aclarar este punto, siendo que tampoco indicó en forma fehaciente cuál es su paradero*". Además, advirtió que la falta de determinación del paradero de la niña P. A. R. M., y las consecuencias que de ello derivan, "*están siendo investigados en el ámbito de la justicia penal ya que podrían configurar hechos delictivos, por lo que se encuentra en pleno curso la causa penal 17.753/2020 instruida por la Fiscalía*

Nacional en lo Criminal y Correccional No27 y en trámite ante el Juzgado del mismo fuero No 8.”.

4°)Que esta Corte cuenta con las atribuciones necesarias para disponer, en el marco de todas las causas promovidas ante sus estrados por las diversas vías legalmente contempladas, la adopción de medidas que juzgare convenientes para obtener información sobre circunstancias concernientes a los asuntos sobre los que es llamada a intervenir (conf. Fallos: 307:1229 y 339:927).

En las condiciones expresadas, sin abrir juicio sobre la concurrencia de los requisitos que condicionan la admisibilidad del recurso promovido por la parte actora, corresponde ordenar la realización de las medidas para mejor proveer peticionadas por la Defensoría General de la Nación que se consideran apropiadas.

Por ello, se resuelve disponer que por Secretaría:

1. se intime a la señora M. O. a fin de que informe el paradero de la niña P. A. R. M.

2. se requiera al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 8 un informe actuarial en el que indique de forma circunstanciada el estado de la causa 17.753/2020, la situación procesal de la señora M. O. y especialmente toda la información vinculada con el paradero de la niña P. A. R. M.

3. se libre oficio a INTERPOL, a la Autoridad Central y al Departamento Nacional de Migraciones, para que en el mismo sentido que las anteriores medidas, informen todo lo relacionado al paradero de la niña P. A. R. M.

Todas estas medidas deberán requerirse con carácter de urgente con motivo a la materia de que se trata. Líbrense en el día las respectivas comunicaciones.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

COMPAÑÍA ARGENTINA DE GRANOS S.A. C/ AFIP (D.G.I.)
S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – VARIOS

RECURSO EXTRAORDINARIO

Aun cuando los agravios de la apelante suscitan el examen de cuestiones de hecho y prueba, ajenas -como regla y por su naturaleza- a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no es obstáculo para la procedencia del recurso extraordinario cuando el tribunal ha prescindido de dar un tratamiento adecuado a la controversia, de acuerdo con las normas aplicables y las constancias de la causa.

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que hizo lugar a la demanda de repetición contra el Fisco Nacional por los importes ingresados en concepto de retenciones del IVA por las compras de cereales realizadas a ciertos proveedores, si el a quo dejó de lado el tratamiento del agravio del Fisco por entender que la demanda de la actora consistía en la repetición de pago del IVA a su cargo como consecuencia de la impugnación de los créditos fiscales, y que en tal caso resultaba innecesario determinar si el Fisco Nacional había reconocido o desconocido la inexistencia de las operaciones de compra de cereales.

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que hizo lugar a la demanda de repetición contra el Fisco Nacional por los importes ingresados en concepto de retenciones del IVA por las compras de cereales realizadas a ciertos proveedores, si la interpretación realizada por el a quo aparece como la aplicación mecánica de un principio procesal fuera del ámbito que le es propio, toda vez que el material fáctico y probatorio aportado por las partes al litigio exteriorizaba una diversa composición del thema decidendum y, por esta vía, culmina en la frustración ritual del derecho de la recurrente a obtener la tutela jurisdiccional mediante el dictado de una sentencia que constituya la aplicación del derecho vigente a los hechos controvertidos.

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que hizo lugar a la demanda de repetición contra el Fisco Nacional por los importes ingresados en concepto de retenciones del IVA por las compras de cereales realizadas a ciertos proveedores, toda vez que la actora fundó su reclamo en la alegación de un perjuicio patrimonial derivado del ingreso de retenciones practicadas sobre operaciones declaradas inexistentes por la AFIP-DGI, en tanto que el Fisco solicitó el rechazo de la demanda entablada aseverando que el referido perjuicio no se encontraba configurado, por cuanto nunca había considerado que las operaciones no existieran, sino tan solo que no existen los proveedores consignados en ellas, es decir que, para la demandada las operaciones efectivamente se concretaron y las retenciones fueron bien realizadas por la empresa.

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que hizo lugar a la demanda de repetición contra el Fisco Nacional por los importes ingresados en concepto de retenciones del IVA por las compras de cereales realizadas a ciertos proveedores, si ésta incurrió en un error al sostener que el ente recaudador había declarado la inexistencia de las operaciones de compraventa de cereales observadas durante la inspección fiscal pues tal afirmación, al margen de desatender el tenor de la contestación de la demanda, se fundó en las conclusiones de un peritaje contable desarrolladas sobre la base del mismo error, lo que impide reconocerle valor probatorio, según las reglas de la sana crítica, en los términos de los arts. 377, 386, 477 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

AGENTES DE RETENCION

Los agentes de retención solo se encuentran autorizados a demandar la repetición de los impuestos regidos por la ley 11.683 en los supuestos en los que el cumplimiento del deber que la legislación les impone ha derivado en un perjuicio personal.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 296/303 de los autos principales (a los que se referirán las citas siguientes), la Sala "B" de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto había hecho lugar a la demanda de repetición de los importes ingresados por la actora al Fisco Nacional en concepto de retenciones del impuesto al valor agregado (IVA) por las compras de cereal realizadas a ciertos proveedores durante los períodos fiscales diciembre de 2005 a diciembre de 2007 (cfr. fs. 229)

En primer término, se expidió respecto de la procedencia formal de la acción de repetición. Relató que, como consecuencia de una inspección que le realizó la AFIP, Compañía Argentina de Granos S.A. había rectificado sus declaraciones juradas de IVA en los períodos citados en el párrafo anterior, anulado el crédito fiscal computado en virtud de aquellas operaciones observadas por el ente recaudador e ingresado la diferencia del IVA resultante. Agregó que, según las manifestaciones de la empresa, tal conducta se había adoptado para evitar la suspensión y eventual exclusión del *"Registro Fiscal de Operadores en la Venta de Granos"*, de conformidad con lo previsto en el anexo VI de la resolución general (AFIP) 2.300.

Sobre esta base, la sentencia consideró que los pagos realizados por la demandante debían ser calificados como *"a requerimiento"* en los términos del art. 81 de la ley 11. 683 (t. o. 1998), sin que pudiera catalogarse de contradictora a su conducta pues la cancelación de los montos que ahora pretende repetir se habría realizado para evitar las consecuencias negativas de suspensión o exclusión del mencionado *"Registro"*.

En segundo lugar, y en cuanto al fondo del asunto, expresó que la APIP plantea una inútil disquisición entre *"operación existente"* y *"proveedor inexistente"*, cuando lo real y concreto es que a la actora se le impugnó el cómputo del crédito fiscal proveniente de las operaciones desconocidas por el Fisco y, en consecuencia, solicita la repetición del importe que, a título de retención del IVA por dichas transacciones, oportunamente depositó.

Por idénticas razones, y las sostenidas por el juez de grado, rechazó la falta de legitimación activa opuesta por el Fisco, máxime

cuando la pericia contable rendida en autos fue contundente al afirmar que Compañía Argentina de Granos S.A. había ingresado *"...la totalidad de las retenciones de IVA correspondientes a las operaciones de compraventa de cereales declaradas apócrifas e inexistentes por la AFIP"*.

-II-

Disconforme, el Fisco Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 306/325, que, denegado a fs. 352/353, origina esta presentación directa.

Relató que, como consecuencia de las tareas de fiscalización realizadas a la actora, se detectaron compras de cereal a sujetos que no tenían capacidad económico-financiera (apócrifos), por lo cual, en el marco de la inspección, los funcionarios actuantes propusieron a Compañía Argentina de Granos S.A. que rectificara sus declaraciones juradas y eliminara el crédito fiscal de IVA oportunamente computado por dichas transacciones, tesitura a la cual se avino la empresa.

Denunció que Compañía Argentina de Granos S.A. había llevado a cabo una maniobra para ocultar al verdadero proveedor de las mercaderías, con el objeto de obtener alguna ventaja impositiva. Descubierto el ardid, se impugnó el crédito fiscal computado, pero no se cuestionó la existencia de la operación, la cual nunca estuvo en duda. Al respecto, en sus propias palabras, especificó: *"La operación existió, sólo que no se realizó con la persona que figura corno contraprestador en los registros de Compañía Argentina de Granos S.A. Como consecuencia de ello, corresponde impugnar a ese contraprestador y el crédito fiscal generado por la operación, mas nunca se presentó la posibilidad de que el tributo no debiera ser abonado, ya que la operación se realizó efectivamente, tal como dan cuenta las probanzas agregadas a la actuación administrativa"* (cfr. fs. 313 vta., primer párrafo).

En lo referido a la procedencia formal de la acción de repetición, indicó que la rectificación de las declaraciones juradas de IVA y el abono del tributo resultante ha sido una conducta voluntaria de la empresa, razón por la que no puede calificarse a ese pago como efectuado ' a requerimiento" del organismo recaudador.

Reiteró que Compañía Argentina de Granos S.A. carece de legitimación activa para exigir la repetición de las retenciones ingresadas al Fisco, pues se trata de importes que ella abonó en nombre de sus proveedores ocultos, siendo éstos quienes deben presentarse al ente recaudador para reclamar lo oblado en exceso.

-III-

Considero que el recurso extraordinario deducido resulta formalmente admisible, y por ende ha sido mal denegado, toda vez que se halla en tela de juicio la inteligencia de normas federales (leyes 11.683 y 23.349) y la definitiva del superior tribunal de la causa ha sido al derecho que la recurrente ha sustentado en ellas inc. 3º, de la ley 48).

Además, pienso que corresponde examinar, en forma conjunta, las impugnaciones traídas a conocimiento del Tribunal, ya que las referidas a la alegada arbitrariedad en que habría incurrido el *a quo* y las atinentes a la interpretación de la cuestión federal son dos aspectos que guardan entre sí estrecha conexidad (conf. doctrina de Fallos: 321:2764; 323:1625).

En este orden de ideas, 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 declaración sobre el punto en disputa (art. 16, ley 48), según la inteligencia que rectamente les otorgue (arg. Fallos: 307:1457; 320:1915, entre otros).

-IV-

En lo relativo a la procedencia formal de la acción de repetición, y frente al agravio del Fisco en tal sentido, estimo necesario dejar en claro que el carácter de pago *"espontáneo"* o *"a requerimiento",* en los términos del art. 81 de la ley 11.683, debe establecerse respecto del concepto cuya repetición se reclama -en este caso, las retenciones de IVA ingresadas por Compañía Argentina de Granos S.A. en su carácter de agente durante los períodos fiscales diciembre de 2005 a diciembre de 2007-, y no respecto del tributo -IVA en este caso- que, como contribuyente, abonó durante esos períodos y que no constituye materia de esta controversia.

Aclarado lo anterior, advierto que ambas partes coinciden en reconocer que la actora interpuso el reclamo previo de repetición ante la AFIP por esas retenciones de IVA, y que éste fue denegado por la nota (DV RRCU) 8/12 (cfr. fs. 5 vta., 16 y 141 vta.).

En estos términos, es claro para mí que el concepto cuya repetición aquí procura ha sido ingresado *"espontáneamente"* al Fisco Nacional y, a su respecto, se ha cumplido con el reclamo previo y la resolución denegatoria previstos en el art. 81, primer párrafo, de la ley 11. 683.

Por idénticas razones, creo que es inoficioso dilucidar si esta repetición implica ahora una inaceptable conducta contradictoria respecto de la anterior rectificación y pago del IVA efectuados por Compañía Argentina de Granos S.A. en los períodos fiscales diciembre de 2005 a diciembre de 2007.

Ello es así puesto que, como dije, la repetición no se refiere al tributo pagado como contribuyente a resultas de la inspección realizada por la AFIP, sino a las retenciones que ya había ingresado con anterioridad en su carácter de responsable por deuda ajena.

Lo expuesto resulta, en mi parecer, suficiente para rechazar los agravios del Fisco Nacional a este respecto.

-V-

En cuanto al fondo del asunto, estimo necesario destacar dos circunstancias cuya simetría es necesario preservar en el estudio de la cuestión aquí ventilada: a) la obligación del comprador de abonar el precio a su vendedor, comprendiendo en éste el componente del IVA (arts. 11, 12 y sgtes., ley 23.349, t. o. 1997); y b) el deber que pesa sobre ese sujeto de detraer -en presencia una norma que así lo ordene- una porción de ese IVA, con el objeto de ingresarlo al Fisco Nacional r en su carácter de responsable por deuda ajena.

Sólo así podrá realizarse plenamente el principio hermenéutico sentado firmemente por la Corte desde antigua data y con arreglo al cual el alcance de las leyes impositivas debe determinarse computando la totalidad de las normas que la integran, para que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo con las reglas de una razonable y discreta interpretación (Fallos: 307:871; 314:745, entre otros).

Desde esta perspectiva, observo que la AFIP imputó a Compañía Argentina de Granos S.A. no haber comprado los cereales al proveedor que le emitió la factura, sino a otro sujeto que no se pudo identificar y, en consecuencia, le negó el cómputo del crédito fiscal de IVA nacido de tal operación.

Pero, a renglón seguido, afirmó que es correcta la retención de IVA practicada e ingresada por Compañía Argentina de Granos S.A. -paradójicamente, en virtud de esa misma transacción- y, por ende, que no corresponde que le sea devuelta pues, aun cuando el proveedor es falso, *"...el Fisco viene sosteniendo que las operaciones existieron y que, por lo tanto, alguien debe pagar el impuesto por las mismas"* (fs. 322 vta., primer párrafo).

Advierto que este razonamiento es autocontradictorio y desconoce el funcionamiento de los agentes de retención en el tributo que aquí se estudia.

En efecto, respecto de dichos sujetos, ha sostenido este Ministerio Público que ellos, en cumplimiento de un mandato legal, manejan fondos que no les son propios sino que pertenecen a los contribuyentes *"a quienes les han detraído el impuesto al efectuarles un pago"* (dictamen vertido en la causa registrada en Fallos: 306:1548, el subrayado no obra en el original).

Se agregó en esa oportunidad que ello pone de resalto que el dinero retenido proviene del patrimonio del contribuyente que es quien, estrictamente, efectúa el pago, y no del peculio del agente de retención quien, desde el punto de vista técnico, sólo ingresa dicha suma en las cuentas del Fisco.

En tal sentido, se puntualizó allí que este agente retiene esencialmente en interés del Fisco y, cuando ingresa los fondos, dicho pago es imputador desde el punto de vista impositivo, al contribuyente, sin perjuicio de que libera al primero de sus propias responsabilidades.

En lo referido a la actuación de estos agentes en el tributo que ahora nos ocupa, es necesario recordar que, por el mecanismo de impuesto contra impuesto que adopta la legislación argentina (arg. Fallos: 308: 673, cons. 5º y 7º), el proveedor debió adicionar el IVA al precio final facturado por los cereales vendidos a Compañía Argentina de Granos S.A. (10,5 % de ese precio final, cfr. art. 28, inc. a., punto 5, ley 23.349).

Al momento de abonar el importe facturado, Compañía Argentina de Granos S.A. tuvo que detraer una porción de ese precio final (el 8 96 0 10, 5 96 según la RG 2.300), para ingresarlo al Fisco Nacional en concepto de pago por adelantado del IVA de su vendedor.

Ahora bien, tras las tareas de inspección, el Fisco negó la autenticidad del IVA pagado a ese proveedor y Compañía Argentina de Granos S.A. admitió ese reproche y, haciendo suya la posición del Fisco, modificó sus declaraciones juradas.

En mi razonamiento, dichas circunstancias conducen a tachar de falsa a la operación de venta y, por ende, a la desaparición de la causa fuente tanto del crédito fiscal como de la obligación de retener adosada a ella, quedando así evidencia que el ingreso al Fisco de este último concepto es infundado. En efecto, ninguna retención puede exigirse sobre un IVA que no se ha generado.

Destaco, a esta altura de mi razonamiento, que una solución contraria conduce a resultados absurdos.

En efecto, y en primer lugar, corno ya se señaló en el citado dictamen registrado en Fallos: 306:1548, el pago de la retención es imputado *"al contribuyente que la soporta"* Sin embargo, al seguirse la tesitura del Fisco, se ignora a ese contribuyente y, por ende, el importe del IVA retenido e ingresado no podrá ser aprovechado por sujeto alguno, dando origen a un enriquecimiento sin causa del Estado.

En segundo término, y para ilustrar mejor la situación mediante un cambio de perspectiva, piénsese que, si -por hipótesis- el contribuyente hubiera omitido actuar como agente de retención y dicha transacción luego es impugnada por el Fisco al desconocer al proveedor, es a todas luces evidente que el ente recaudador tampoco podría, a la vez que niega el crédito fiscal respectivo, imputarle a ese mismo contribuyente que omitió actuar como agente de retención de una obligación tributaria que no se generó.

Es inveterada doctrina del Tribunal 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 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).

Así las cosas, es mi parecer que la posición adoptada por el Fisco Nacional en esta causa -consistente en negar el crédito fiscal pero afirmar la pertinencia de la retención practicada, en ambos casos sobre la misma operación que cuestiona- es incongruente, lo cual no resulta de recibo toda vez que, como ha dicho esa Corte, él debe *"estar a las verdes y a las maduras"* (Fallos: 334:485 y su cita).

-VI-

Finalmente, en lo cuanto a la falta de legitimación activa que opone el Fisco Nacional, cabe recordar que el Tribunal ha decidido, en reiteradas oportunidades, 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 sustenta la pretensión, con

prescindencia de que ésta tenga o no fundamento (Fallos : 310:2944; 327 84 y sus citas).

Por la forma como ha sido propuesto el agravio, el punto en controversia se ciñe a dilucidar si Compañía Argentina de Granos S.A., en su carácter de responsable por deuda ajena, puede repetir los, pagos que aquí pretende.

Está fuera de debate que Compañía Argentina de Granos S.A. ingresó los importes retenidos, cuya repetición aquí pretende.

En efecto, subraya el Fisco Nacional en su recurso que *"...quien ostenta. legitimación para repetir el tributo es el sujeto que ha sufrido patrimonialmente la retención y no la parte actora. Es otras palabras, es el proveedor retenido el titular del derecho subjetivo porque es el que ha soportado económicamente la carga fiscal en su carácter de sujeto repercutido o de contribuyente de facto. De allí que se solicite, conforme todo lo expuesto, la revocación del fallo de Cámara por los errores sustanciales largamente expuestos aquí"* (cfr. fs. 323, quinto párrafo).

Aquí nuevamente advierto la falta de congruencia en el razonamiento fiscal pues, por un lado, niega la existencia del proveedor pero, por el otro, afirma que él es quien *"ha sufrido patrimonialmente la retención"* y es el único que tiene el derecho subjetivo para reclamar su reintegro.

Es claro para mí que el Fisco afirma y niega, en simultáneo, un mismo hecho: que el proveedor existe como sujeto pasivo de la retención, pero no existe como vendedor de los cereales y receptor de los pagos.

Por el contrario, colijo, sin hesitación, que los pagos cuya repetición Compañía Argentina de Granos S.A. aquí demanda no son auténticas *"retenciones"* practicadas respecto del impuesto que corresponde a, un tercero, sino que -ante el re conocimiento de falsedad del IVA abonado a esos proveedores- devienen en ingresos propios, que ha efectuado sin causa, lo que le otorga legitimación activa para reclamar su repetición.

-VII-

Por lo expuesto, considero que corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido objeto de recurso extraordinario. Buenos Aires, 8 de noviembre de 2016. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Compañía Argentina de Granos S.A. c/ AFIP (D.G.I.) s/ contencioso administrativo – varios", para decidir sobre su procedencia.

Considerando que:

1º) Compañía Argentina de Granos S.A. (en adelante CAGSA) –empresa dedicada a la comercialización de cereales y oleaginosas- inició demanda de repetición contra el Fisco Nacional de los importes ingresados en concepto de retenciones del IVA por las compras de cereales realizadas a ciertos proveedores durante los períodos fiscales mayo de 2005 a diciembre de 2007. Para ello señaló que, en el marco de una fiscalización, el ente recaudador había objetado el cómputo de los créditos fiscales originados en las compras realizadas en los períodos antes indicados por considerar que los proveedores consignados en las facturas eran apócrifos, y en consecuencia, que las referidas operaciones resultaban inexistentes. La empresa señaló que había aceptado el ajuste fiscal propuesto, y que en consecuencia, había rectificado las declaraciones juradas correspondientes, anulado el crédito fiscal computado en virtud de aquellas operaciones e ingresado la diferencia de impuesto resultante, todo ello para evitar una eventual suspensión en el Registro Fiscal de Operadores en la Compraventa de Granos y Legumbres Secas que le impidiera operar. Sin embargo, adujo que el desconocimiento y anulación de las operaciones de compra por parte de la AFIP-DGI no solo implicaba la invalidación de los créditos fiscales impugnados, sino que además privaba de causa legal a las retenciones practicadas en concepto de IVA –a la tasa del 8% o el 10,50% en caso de proveedores inscriptos o no inscriptos en el registro citado- sobre el precio neto de cada una de las referidas operaciones declaradas inexistentes e ingresadas al Fisco Nacional, y que ello le había provocado un perjuicio patrimonial por tratarse del único sujeto que había soportado la carga tributaria y que había detraído de su patrimonio los fondos para efectuar el ingreso del gravamen.

2º) En oportunidad de contestar el traslado de la demanda, la AFIP-DGI negó enfáticamente haber desconocido la existencia de las operaciones de compra y sostuvo que en la referida inspección solo

había expresado que los vendedores consignados en las facturas eran falsos porque no tenían capacidad económica, financiera, patrimonial y operativa para desarrollar la producción y/o el acopio de la mercadería comercializada. En esa línea de razonamiento sostuvo que las compras habían existido pues la mercadería ingresaba físicamente en el dominio de la empresa pero que dichas operaciones figuraban realizadas contablemente con terceros productores, que no eran los verdaderos proveedores de cereales ya que estos permanecían ocultos por razones de conveniencia impositiva. En consecuencia, refirió que el cómputo de los créditos fiscales de IVA originados en esas operaciones había sido observado y finalmente anulado por la empresa mediante la presentación de declaraciones juradas rectificativas. Por último, en lo referente a las retenciones efectuadas por CAGSA expresó que el tributo debía pagarse porque las operaciones habían existido según las pruebas que daban cuenta del circuito físico de la mercadería.

3º) El Juzgado Federal de 1ª Instancia de Córdoba hizo lugar a la demanda, con costas. Al decidir en el sentido indicado el juez de grado tuvo en consideración los argumentos desarrollados por la actora en su presentación. Asimismo, hizo hincapié en el peritaje contable producido en autos en cuanto concluía que CAGSA había ingresado y cancelado la totalidad de las retenciones del IVA correspondientes a las operaciones de compra de cereales que habían sido declaradas apócrifas e inexistentes por la AFIP (confr. cons. III) (confr. fs. 228/235 de los autos principales, a los que se remite en lo sucesivo). Contra dicha sentencia el Fisco Nacional interpuso recurso de apelación.

4º) La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba desestimó los agravios de la representación fiscal y, en consecuencia, confirmó la sentencia apelada (confr. fs. 296/303). Para decidir en el sentido indicado expresó que resultaba inútil e innecesario *[sic]* considerar el agravio del Fisco Nacional que indicó que el juez de primera instancia había hecho lugar a la demanda sobre la base de un fundamento erróneo –consistente en afirmar que la AFIP-DGI había declarado que las operaciones de compra de cereales resultaban inexistentes- con fundamento en que “lo real y concreto es que la firma actora tuvo que sustraer de su crédito fiscal el importe correspondiente a ciertas y determinadas operaciones que fueron impugnadas por el Fisco con el consecuente pago de la diferencia detectada, respecto del gravamen pertinente (en este caso IVA), lo cual constituye lo que por medio del presente proceso se intenta repetir” *[sic]*.

5º) Contra esta sentencia el Fisco Nacional dedujo el recurso extraordinario federal de fs. 306/325, cuyo traslado no fue contestado por la actora (confr. fs. 343 y 351), y que al ser denegado por la cámara a fs. 352/353 vta., motivó la presente queja. El remedio federal se funda, sustancialmente, en la arbitrariedad que la representante fiscal le endilga al pronunciamiento de Cámara en cuanto ignoró el agravio que le causó la sentencia de primera instancia fundada en una apreciación errada de los hechos. Por otro lado, mantiene la crítica que le merece el peritaje contable y señala que la empresa carece de legitimación activa para repetir el impuesto retenido. Sostiene que en el caso se configura un claro supuesto de gravedad institucional por hallarse en juego el interés de la comunidad, dada la magnitud del perjuicio económico que podría proyectarse si se convalida lo resuelto en autos, lo que comprometería seriamente las arcas del Fisco Nacional.

6º) En forma previa al tratamiento de los agravios resulta necesario apreciar que en todo momento el ente recaudador ha sostenido en las presentes actuaciones que la impugnación del cómputo de los créditos fiscales originados en las compras de granos solamente requirió la comprobación de que ellas fueron realizadas con proveedores que no son los que surgen de las facturas observadas. Sobre esa base el Fisco Nacional también ha entendido que resulta válido el ingreso de las retenciones en concepto de IVA, y que no corresponde su repetición por CAGSA, porque se trata de ventas de cereales que están gravadas por el impuesto. Las disposiciones de la ley del IVA que se citan a continuación, y cuya validez constitucional no ha sido impugnada por la parte actora, habilitaban al Fisco Nacional a actuar del modo reseñado precedentemente. Así, existe una autorización al sujeto responsable inscripto para restar de los débitos fiscales liquidados por sus operaciones gravadas el impuesto que, en el período fiscal que se liquida, se le hubiera facturado por la compra o importación definitiva de bienes, locaciones o prestaciones de servicios, vinculados con dichas operaciones (ley del IVA, t.o. según decreto 280/97 y sus modif., arts. 10, 11 y 12, inc. a), en la medida que las reseñadas compras, importaciones, locaciones y prestaciones de servicios, gravadas, hubieren perfeccionado respecto del vendedor, importador, locador o prestador de servicios, los respectivos hechos imponibles (arts. 5º, 6º y 12, últ. párr.). La ley dispone, por su parte, que el débito fiscal se perfecciona -en ventas como las aquí examinadas- con la entrega del bien o con la emisión de la factura respectiva, lo que ocurra primero, o si, el precio no

se hubiere fijado al momento de la entrega del producto, cuando el mismo resulte determinado, en la medida que los bienes existan efectivamente y hayan sido puestos a disposición del comprador, sin agregar recaudo similar al contenido en el último párrafo del art. 12 para el cómputo de los créditos fiscales (ley cit., arts. 1º -inc. a-, 2º, 5º -inc. a-, y 6º, últ. párr.). A ello cabe agregar que la RG 2300/2007 solo prevé que las retenciones se practicarán a los sujetos que revistan la calidad de responsables inscriptos en el IVA (art. 3º). Por lo tanto, en atención a las consecuencias que la determinación de la efectiva realización de las operaciones podía tener sobre el pleito, al tratarse de ventas de granos que constituyen manifestaciones de riqueza alcanzadas con el IVA, correspondía que el *a quo* hubiera dado oportuno y eficaz tratamiento al agravio fundado en el haber desconocido dichas operaciones.

7º) Esta Corte ha sostenido que aun cuando los agravios de la apelante suscitan el examen de cuestiones de hecho y prueba, ajenas -como regla y por su naturaleza- a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no es obstáculo para la procedencia del recurso extraordinario cuando el tribunal ha prescindido de dar un tratamiento adecuado a la controversia, de acuerdo con las normas aplicables y las constancias de la causa (Fallos: 311:1171; 329:5424 y 340:21, entre otros).

8º) En efecto, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba dejó de lado el tratamiento del agravio antes reseñado por entender que la demanda de la actora consistía en la repetición de pago del IVA a su cargo como consecuencia de la impugnación de los créditos fiscales, y que en tal caso resultaba innecesario determinar si el Fisco Nacional había reconocido o desconocido la inexistencia de las operaciones de compra de cereales. Sin embargo, dicho razonamiento pone de manifiesto la ausencia de un adecuado y preciso examen de los hechos configurativos de la causa pues la actora en su escrito de demanda no solicitó la repetición de las sumas ingresadas en su condición de contribuyente del IVA, como erróneamente afirman -cuanto menos- dos de los vocales de la citada cámara, sino que persiguió la repetición de los montos ingresados al Fisco en su carácter de agente de retención del citado impuesto (confr. escrito de fs. 5/17 vta.), circunstancia que fue tenida en cuenta por el ente recaudador en su escrito de contestación de demanda al fundar su defensa en el hecho de que CAGSA era un agente de retención que no acreditaba perjuicio patrimonial.

9º) La interpretación realizada por el *a quo* aparece como la aplicación mecánica de un principio procesal fuera del ámbito que le es propio, toda vez que el material fáctico y probatorio aportado por las partes al litigio exteriorizaba una diversa composición del *thema decidendum* y, por esta vía, culmina en la frustración ritual del derecho de la recurrente a obtener la tutela jurisdiccional mediante el dictado de una sentencia que constituya la aplicación del derecho vigente a los hechos controvertidos.

El error señalado ha conducido a que la demandada se viera privada injustificadamente de la consideración de la defensa aludida, lo cual vulnera la garantía de defensa en juicio, al paso que descalifica la sentencia así dictada (Fallos: 310:171; 314:1683; 321:485, y las citas en ellos consignadas). Ello es así ya que, tal como se señaló precedentemente, la actora fundó su reclamo en la alegación de un perjuicio patrimonial derivado del ingreso de retenciones practicadas sobre operaciones declaradas inexistentes por la AFIP-DGI, en tanto que el Fisco solicitó el rechazo de la demanda entablada aseverando que el referido perjuicio no se encontraba configurado, por cuanto nunca había considerado que las operaciones no existieran, sino tan solo que no existen los proveedores consignados en ellas. Es decir que, para la demandada las operaciones efectivamente se concretaron y las retenciones fueron bien realizadas por la CAGSA.

10) En atención a lo expresado corresponde dejar sin efecto la sentencia en recurso; y dado el tiempo transcurrido desde que se iniciaron los presentes autos, y la trascendencia institucional de las cuestiones planteadas, el Tribunal estima que corresponde hacer uso de la facultad que le confiere el art. 16, segunda parte, de la ley 48 y decidir, en consecuencia sobre el fondo de la causa, en sustitución del tribunal apelado (confr. Fallos: 189:292; 212:64; 214:650; 220:1107; 223:172; 240:356; 311:762 y 1003; 332:60, entre otros).

11) Como acertadamente afirma el representante fiscal en su escrito de expresión de agravios ante la Cámara (confr. en particular, "segundo agravio", fs. 269 vta. y 272, y "cuarto agravio", fs. 274/276 vta.), la sentencia de primera instancia incurrió en un error al sostener que el ente recaudador había declarado la inexistencia de las operaciones de compraventa de cereales observadas durante la inspección fiscal pues tal afirmación, al margen de desatender el tenor de la contestación de la demanda (confr. fs. 134/155 vta., 136 vta. y 137 y 147), se fundó en las conclusiones de un peritaje contable desarrolladas sobre la base del mismo error, lo que impide reconocerle valor probatorio, según las

reglas de la sana crítica, en los términos de los arts. 377, 386, 477 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (confr. arg. sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada el 26 de marzo de 2014, en la causa CSJ 43/2012 (48-S)/CS1 "Santa María SAIF c/ AFIP DGI resol. 31/98 s/ Dirección General Impositiva").

12) En efecto, en siete pasajes del informe contable agregado a fs. 190/196 se alude a las operaciones de compraventa de cereales *"declaradas apócrifas e inexistentes por la AFIP"* cuando de la prueba que se consigna en el referido dictamen como base para su elaboración –consistentes en listados de operaciones emergentes de la página web de la AFIP-DGI, declaraciones juradas originales y rectificativas confeccionadas por la actora en su carácter de contribuyente del IVA y declaraciones juradas y comprobantes de ingreso de retenciones del IVA confeccionadas por la actora en su carácter de agente de retención- no surgen elementos que den cuenta de las actuaciones y diligencias administrativas cumplidas con motivo de la fiscalización del impuesto por parte del ente recaudador (tales como formularios de requerimiento de información o actas de inspección labradas por los inspectores o demás empleados intervinientes en el aludido procedimiento) que permitan concluir fehacientemente que el organismo fiscal se haya pronunciado respecto de las operaciones examinadas en el sentido que se indica. De manera que no cabe sino concluir en que el calificativo de "inexistentes" atribuido a las mencionadas operaciones fue agregado por el perito interviniente en forma arbitraria, pues, se insiste, no se registran piezas probatorias en la documentación indicada en el mencionado informe que den cuenta fielmente de la referida circunstancia (confr. fs. 192, 193, 194 y 195; confr. asimismo prueba detallada en el punto I -fs. 190/191- y documentación agregada a las actuaciones administrativas en sobres con la leyenda "prueba actora").

Más aún, la conclusión que antecede surge del mero contraste de las preguntas formuladas por la actora con las respuestas brindadas por el experto contable, sin que se advierta justificación alguna para la adición del calificativo "inexistentes" en los ejemplos que se transcriben a continuación:

<u>Pregunta</u> (fs. 192):

"IV a) Si CAGSA presentó DDJJ de IVA rectificativas por los períodos fiscales 12/2005 a 12/2007, detrayendo el Crédito Fiscal correspon-

diente a las **operaciones de compraventa de cereales declaradas apócrifas** por la Afip y las cuales se detallan en la planilla anexa que obra en el anexo IV que forma la [sic] parte integrante de la presente".

Respuesta (fs. 192/193):

"Con respecto a si CAGSA presentó las DDJJ rectificativas, las mismas se encuentran en el anexo IV de la documentación, por lo que en el cuadro siguiente se encuentra reflejado las [sic] correcciones realizadas por la empresa en sus DDJJ, y por consiguiente las detracciones del Crédito Fiscal, por **las operaciones de compra venta de cereales declaradas apócrifas e inexistentes por AFIP".**

[…] "Por lo que se observa que la empresa CAGSA, detrajo de sus DDJJ originales de IVA, el importe de $ 20.479.316,42 de Crédito Fiscal por **las operaciones de compra-venta de cereales, declaradas apócrifas e inexistentes por AFIP**, presentando las DDJJ de IVA rectificativas de cada uno de los períodos en cuestión".

Pregunta (fs. 193):

"IV b) Si CAGSA incorporó en sus DDJJ – SICORE correspondientes a los períodos fiscales 12/2005 a 12/2007 las retenciones correspondientes a las **operaciones de compraventa de cereales declaradas apócrifas** por la Afip y detalladas en la planilla anexa que obra en el anexo IV que forma la parte integrante de la presente".

Respuesta (fs. 193):

"Para contestar este punto, se procedió a solicitar la información a la empresa CAGSA, a fin de que presente de cada uno de los períodos en que existió [sic] **operaciones de compra-venta de cereales, declarados apócrifas e inexistentes por AFIP**, el informe del aplicativo de Afip para el depósito de retenciones llamado SICORE. Para tal fin fui atendido por el Cr. Mauro Rojas, empleado de la firma que me brindó la información que adjunto a mi informe pericial, como Anexo I, donde remarco las retenciones de **las operaciones declaradas apócrifas e inexistentes por Afip**, las cuales fueron depositadas en tiempo y forma, mediante la presentación de formulario F744, las cuales parte fueron canceladas mediante Saldos a favor de Iva, realizando la

presentación del formulario F798, y el resto abonadas en Banco Galicia mediante débitos bancarios" (énfasis agregados).

13) Ello expresado cabe concluir que el erróneo apoyo de la sentencia de primera instancia en una circunstancia así inexistente, no resulta suplido en el caso por el análisis de otros elementos de juicio que puedan sustentar el fallo examinado, toda vez que a la alegada declaración de inexistencia de las operaciones de compraventa de cereales por parte de la AFIP-DGI como justificativo exclusivo de la demanda de repetición, no se unió la referencia concreta a pruebas que produzcan el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos (confr. arg. doctrina de Fallos: 295:684), incumpliendo de este modo la actora con la carga de la prueba del hecho invocado en su beneficio (arts. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 116 de la ley 11.683 -t.o. en 1998- y sus modif.).

En virtud de lo expuesto, corresponde descalificar el fallo que se ataca de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Corte que sostiene que es requisito de validez de las sentencias como actos judiciales que ellas se encuentren fundadas y constituyan, en consecuencia, una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias de la causa (Fallos: 268:186; 272:172; 274:135 y 215; 277:213; 279:355; 284:119; 295:684 y otros).

14) Corresponde también acoger los restantes agravios de la demandada y, en consecuencia, rechazar la demanda, pues este Tribunal ha sostenido con anterioridad que los agentes de retención solo se encuentran autorizados a demandar la repetición de los impuestos regidos por la ley 11.683 en los supuestos en los que el cumplimiento del deber que la legislación les impone ha derivado en un perjuicio personal (Fallos: 306:1548; 324:920), y en el caso de autos resulta claro que CAGSA no ha demostrado como correspondía la existencia y acreditación de perjuicio alguno. En primer lugar, porque reconoció en su escrito de demanda que había realizado operaciones de compra de cereales a productores agropecuarios en el período 12/2001 a 12/2007 -que generaron créditos fiscales en el IVA que fueron computados en sus propias declaraciones juradas del impuesto- respecto de las cuales practicó las retenciones del citado tributo en oportunidad de pagarle a sus proveedores. En segundo orden porque no demostró que la AFIP-DGI hubiera desconocido la existencia de las operaciones observadas en la inspección. Y por último, porque tampoco desvirtuó lo afirmado

por el Fisco Nacional en el sentido que la compra de los granos por parte de CAGSA había quedado acreditada mediante la comprobación del circuito físico de las mercaderías. Todo lo expuesto impide considerar que el patrimonio de CAGSA haya experimentado menoscabo alguno como consecuencia de su actuación como agente de retención pues el IVA ingresado al Fisco surgió y fue retenido del precio que oportunamente había pagado por la compra de los granos (confr. pto. IV. Antecedentes, fs. 6/6 vta.; ver, asimismo, art. 13 de la ley 11.683 –t.o. en 1998- y sus modif., y arg. doctrina de Fallos: 308:919).

15) Por el modo en que se resuelve deviene insustancial el tratamiento del planteo mantenido por la actora al contestar agravios en lo atinente al doble perjuicio que el rechazo de la demanda le ocasionaría con motivo de la imposibilidad de computar "el crédito fiscal de operaciones que había perfeccionado con productores debidamente registrados" y del impedimento para "recuperar las retenciones del gravamen que ingresó por esas operaciones anuladas". Asimismo, cabe rechazar el argumento atinente a que las retenciones ingresadas por la empresa resultarían incausadas por no corresponder a operaciones de venta que hayan generado el correspondiente crédito fiscal, toda vez que, como quedó comprobado en autos, el ajuste fiscal no se fundó en la declaración de inexistencia de las operaciones sino en la impugnación del cómputo del crédito fiscal originado en ellas (fs. 6/6 vta.).

16) Por último, cabe aclarar que la solución que aquí se adopta se compadece con la normativa legal vigente y con los hechos comprobados en la causa, de manera que una solución contraria que hiciese lugar a la demanda de repetición significaría un enriquecimiento sin causa de la empresa aquí actora pues incrementaría su patrimonio en la medida de las sumas retenidas en concepto de IVA que gravaron efectivamente las transferencias onerosas de cereales a CAGSA, y cuya titularidad pertenece a los proveedores a quienes en definitiva corresponda adjudicar las respectivas ventas, se trate de los productores fictos o de los ocultos, según la tesis fiscal. Por tal motivo, carece de sustento el planteo de la actora dirigido a señalar que el eventual rechazo de su pretensión pueda conducir a una injusta falta de aprovechamiento del IVA retenido e ingresado por sujeto alguno, dando así lugar a un enriquecimiento sin causa del Estado Nacional, pues nada impediría a los referidos productores que se consideren con derecho para comparecer por la vía pertinente a fin de demostrar que son quienes efectivamente soportaron las retenciones y a quienes correspon-

dería efectuar la imputación de su pago de acuerdo con las previsiones legales correspondientes (confr. arg. doctrina de Fallos: 306:1548).

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se rechaza la demanda (art. 16, segundo párrafo, de la ley 48), con costas de todas las instancias a la vencida (arts. 68 y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja a los autos principales. Notifíquese y devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda (según su voto)– Horacio Rosatti (según su voto).

Voto de los Señores Ministros Doctores Don Juan Carlos Maqueda y Don Horacio Rosatti

Considerando:

1º) Que la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba confirmó el pronunciamiento de primera instancia que hizo lugar a la demanda de repetición de los importes ingresados por Compañía Argentina de Granos S.A. al Fisco Nacional en concepto de retenciones del impuesto al valor agregado (IVA) por las compras de cereal realizadas a ciertos proveedores durante los períodos fiscales diciembre de 2005 a diciembre de 2007 (confr. fs. 296/303 de los autos principales, a los que se remite en lo sucesivo).

2º) Que, para así resolver, el *a quo* tuvo en cuenta que, como consecuencia de una inspección realizada por la AFIP, la actora había rectificado sus declaraciones juradas del IVA en los períodos antes mencionados, anulado el crédito fiscal computado en virtud de aquellas operaciones observadas por el ente recaudador e ingresado la diferencia del impuesto resultante.

Agregó que según las manifestaciones de la empresa, esta había aceptado el ajuste propuesto por el ente recaudador para evitar la suspensión y eventual exclusión del "Registro Fiscal de Operadores en la Venta de Granos", de conformidad con lo previsto en el anexo VI de la

resolución general (AFIP) 2300, explicación que impedía considerar a la acción de repetición como una conducta contraria a la verificada en sede administrativa. En lo referente al fondo del asunto el tribunal desestimó los agravios de la representación fiscal respecto de la sentencia de primera instancia por entender que los argumentos expuestos no lograban conmover los fundamentos por los que se había hecho lugar a la demanda. Así, consideró que resultaba inútil e innecesario dilucidar si el juez de primera instancia había incurrido en el equívoco –como afirmaba el Fisco- de hablar de operaciones inexistentes cuando en realidad lo tachado de inexistente por la AFIP sería el proveedor con fundamento en que "lo real y concreto es que la firma actora tuvo que sustraer de su crédito fiscal el importe correspondiente a ciertas y determinadas operaciones que fueron impugnadas por el Fisco con el consecuente pago de la diferencia detectada, respecto del gravamen pertinente (en este caso IVA), lo cual constituye lo que por medio del presente proceso se intenta repetir".

Por otra parte rechazó el planteo referente a que el magistrado de grado había omitido tratar en la sentencia de fondo la falta de legitimación activa opuesta por el organismo fiscal por considerar que esa defensa había sido examinada en la resolución por la que desestimó la respectiva excepción de previo y especial pronunciamiento, a cuyas consideraciones remitió.

Por último, rechazó las críticas realizadas al peritaje contable producido en autos advirtiendo que este había sido realizado correctamente y que contenía un dictamen final contundente en cuanto concluía que Compañía Argentina de Granos S.A. había ingresado "…la totalidad de las retenciones de IVA correspondientes a las operaciones de compraventa de cereales declaradas apócrifas e inexistentes por la AFIP".

3º) Que contra esa sentencia el Fisco Nacional dedujo el recurso extraordinario federal de fs. 306/325 -cuyo traslado no fue contestado por la actora (confr. fs. 343 y 351)- y que al ser denegado por la cámara a fs. 352/353 vta., motivó la presente queja.

El remedio federal se funda, sustancialmente, en la arbitrariedad que la demandada le atribuye al pronunciamiento de cámara en cuanto ignoró el agravio que la sentencia de primera instancia le causó al considerar erróneamente que el Fisco había declarado la inexistencia

de las operaciones impugnadas, en lugar de advertir que solo había cuestionado la ocultación de las verdaderas personas con las que las referidas operaciones fueron realizadas, punto que conducía directamente al rechazo de la acción. También mantiene los cuestionamientos formulados ante la cámara en lo referente a la crítica que le merece el peritaje contable, y en cuanto a que la empresa carece de legitimación activa para repetir el impuesto retenido. Finalmente, sostiene que en el caso se configura un claro supuesto de gravedad institucional por hallarse en juego el interés de la comunidad, dada la magnitud del perjuicio económico que podría proyectarse si se convalida lo resuelto en autos, lo que comprometería seriamente las arcas del Fisco Nacional.

4º) Que esta Corte ha sostenido que aun cuando los agravios de la apelante suscitan el examen de cuestiones de hecho y prueba, ajenas -como regla y por su naturaleza- a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no es obstáculo para la procedencia del recurso extraordinario cuando el tribunal ha prescindido de dar un tratamiento adecuado a la controversia, de acuerdo con las normas aplicables y las constancias de la causa (Fallos: 311:1171; 329:5424 y 340:21, entre otros).

5º) Que, en efecto, el *a quo* omitió expresamente ingresar en el examen de los cuestionamientos formulados por la demandada al fallo de primera instancia en cuanto afirmaba que la AFIP había declarado inexistentes las operaciones cuestionadas, por entender que tal examen resultaba inútil e innecesario dada la naturaleza de la pretensión de la actora, a la que le asignó el carácter de una repetición de pago del impuesto al valor agregado originado en la impugnación de ciertos créditos fiscales.

Sin embargo, dicho razonamiento pone de manifiesto la ausencia de un adecuado y preciso examen de los hechos configurativos de la causa pues la actora en su escrito de demanda no aludió a la repetición de las sumas ingresadas en su condición de contribuyente del IVA, como erróneamente afirman -cuanto menos- dos de los vocales de la cámara, sino que persiguió la repetición de los montos ingresados al Fisco en su carácter de agente de retención del citado impuesto (confr. escrito de fs. 5/17 vta.), circunstancia que fue tenida en cuenta por el ente recaudador en su escrito de contestación de demanda al fundar su defensa en el hecho de que se trataba de un agente de retención que no acreditaba perjuicio patrimonial.

6º) Que la interpretación realizada por el *a quo* aparece como la aplicación mecánica de un principio procesal fuera del ámbito que le es propio, toda vez que el material fáctico y probatorio aportado por las partes al litigio exteriorizaba una diversa composición del *thema decidendum* y, por esta vía, culmina en la frustración ritual del derecho de la recurrente a obtener la tutela jurisdiccional mediante el dictado de una sentencia que constituya la aplicación del derecho vigente a los hechos controvertidos.

En efecto, el error señalado ha conducido a que la demandada se viera privada injustificadamente de la consideración de la defensa aludida, lo cual vulnera la garantía de defensa en juicio, al paso que descalifica la sentencia así dictada, y exime de considerar, ante tal resultado, los restantes agravios de la apelante (Fallos: 310:171; 314:1683; 321:485, y las citas en ellos consignadas). Ello es así ya que la actora funda su reclamo en la alegación de un perjuicio patrimonial derivado del ingreso de retenciones practicadas sobre operaciones declaradas inexistentes por la AFIP-DGI, en tanto que el Fisco solicita el rechazo de la demanda entablada aseverando que el referido perjuicio no se configura, por cuanto nunca consideró que las operaciones no existieran, sino tan solo los proveedores consignados en ellas. Es decir que, para la demandada las operaciones efectivamente se concretaron y las retenciones fueron bien realizadas por la empresa.

7º) Que en atención a lo expresado corresponde dejar sin efecto la sentencia en recurso; y dado el tiempo transcurrido desde que se iniciaron los presentes autos, y la trascendencia institucional de las cuestiones planteadas, el Tribunal estima que corresponde hacer uso de la facultad que le confiere el art. 16, segunda parte, de la ley 48 y decidir, en consecuencia sobre el fondo de la causa, en sustitución del tribunal apelado (confr. Fallos: 189:292; 212:64; 214:650; 220:1107; 223:172; 240:356; 311:762 y 1003; 332:60, entre otros).

8º) Que, como acertadamente afirma el representante fiscal en su escrito de expresión de agravios ante la cámara (confr. en particular, "segundo agravio", fs. 269 vta. y 272, y "cuarto agravio", fs. 274/276 vta.), la sentencia de primera instancia incurrió en un error al sostener que el ente recaudador había declarado la inexistencia de las operaciones de compraventa de cereales observadas durante la inspección fiscal pues tal afirmación, al margen de desatender el tenor de la contestación de la demanda -donde el Fisco negó haberse expresado en los

términos expuestos e invocó, además, haber afirmado la existencia práctica de las operaciones en cuestión aunque realizadas con personas distintas a las consignadas como vendedoras de las mercaderías (fs. 134/155 vta., 136 vta. y 137 y 147)-, se fundó en las conclusiones de un peritaje contable desarrolladas sobre la base del mismo error, lo que impide reconocerle valor probatorio, según las reglas de la sana crítica, en los términos de los arts. 377, 386, 477 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (confr. arg. sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada el 26 de marzo de 2014, en la causa CSJ 43/2012 (48-S)/CS1 "Santa María SAIF c/ AFIP DGI resol. 31/98 s/ Dirección General Impositiva").

9º) Que, en efecto, en siete pasajes del informe contable agregado a fs. 190/196 se alude a las operaciones de compraventa de cereales *"declaradas apócrifas e inexistentes por la AFIP"* cuando de la prueba que se consigna en el referido dictamen como base para su elaboración –consistentes en listados de operaciones emergentes de la página web de la AFIP-DGI, declaraciones juradas originales y rectificativas confeccionadas por la actora en su carácter de contribuyente del IVA y declaraciones juradas y comprobantes de ingreso de retenciones del IVA confeccionadas por la actora en su carácter de agente de retención- no surgen elementos que den cuenta de las actuaciones y diligencias administrativas cumplidas con motivo de la fiscalización del impuesto por parte del ente recaudador (tales como formularios de requerimiento de información o actas de inspección labradas por los inspectores o demás empleados intervinientes en el aludido procedimiento) que permitan concluir fehacientemente que el organismo fiscal se haya pronunciado respecto de las operaciones examinadas en el sentido que se indica. De manera que no cabe sino concluir en que el calificativo de "inexistentes" atribuido a las mencionadas operaciones fue agregado por el perito interviniente en forma arbitraria, pues, se insiste, no se registran piezas probatorias en la documentación indicada en el mencionado informe que den cuenta fielmente de la referida circunstancia (confr. fs. 192, 193, 194 y 195; confr. asimismo prueba detallada en el punto I -fs. 190/191- y documentación agregada a las actuaciones administrativas en sobres con la leyenda "prueba actora").

Más aún, la conclusión que antecede surge del mero contraste de las preguntas formuladas por la actora con las respuestas brindadas por el experto contable, sin que se advierta justificación alguna para la

adición del calificativo "inexistentes" en los ejemplos que se transcriben a continuación:

Pregunta (fs. 192):

"IV a) Si CAGSA presentó DDJJ de IVA rectificativas por los períodos fiscales 12/2005 a 12/2007, detrayendo el Crédito Fiscal correspondiente a las **operaciones de compraventa de cereales declaradas apócrifas** por la Afip y las cuales se detallan en la planilla anexa que obra en el anexo IV que forma la [sic] parte integrante de la presente".

Respuesta (fs. 192/193):

"Con respecto a si CAGSA presentó las DDJJ rectificativas, las mismas se encuentran en el anexo IV de la documentación, por lo que en el cuadro siguiente se encuentra reflejado las [sic] correcciones realizadas por la empresa en sus DDJJ, y por consiguiente las detracciones del Crédito Fiscal, por **las operaciones de compra venta de cereales declaradas apócrifas e inexistentes por AFIP**".

[…] "Por lo que se observa que la empresa CAGSA, detrajo de sus DDJJ originales de IVA, el importe de $ 20.479.316,42 de Crédito Fiscal por **las operaciones de compra-venta de cereales, declaradas apócrifas e inexistentes por AFIP**, presentando las DDJJ de IVA rectificativas de cada uno de los períodos en cuestión".

Pregunta (fs. 193):

"IV b) Si CAGSA incorporó en sus DDJJ – SICORE correspondientes a los períodos fiscales 12/2005 a 12/2007 las retenciones correspondientes a las **operaciones de compraventa de cereales declaradas apócrifas** por la Afip y detalladas en la planilla anexa que obra en el anexo IV que forma la parte integrante de la presente".

Respuesta (fs. 193):

"Para contestar este punto, se procedió a solicitar la información a la empresa CAGSA, a fin de que presente de cada uno de los períodos en que existió [sic] **operaciones de compra-venta de cereales, declarados apócrifas e inexistentes por AFIP**, el informe del aplica-

tivo de Afip para el depósito de retenciones llamado SICORE. Para tal fin fui atendido por el Cr. Mauro Rojas, empleado de la firma que me brindó la información que adjunto a mi informe pericial, como Anexo I, donde remarco las retenciones de **las operaciones declaradas apócrifas e inexistentes por Afip**, las cuales fueron depositadas en tiempo y forma, mediante la presentación de formulario F744, las cuales parte fueron canceladas mediante Saldos a favor de Iva, realizando la presentación del formulario F798, y el resto abonadas en Banco Galicia mediante débitos bancarios" (énfasis agregados).

10) Que el erróneo apoyo de la sentencia de primera instancia en una circunstancia así inexistente, no resulta suplido en el caso por el análisis de otros elementos de juicio que basten para sustentar el fallo examinado, toda vez que a la alegada declaración de inexistencia de las operaciones de compraventa de cereales por parte de la AFIP-DGI como justificativo exclusivo de la demanda de repetición, no se unió la referencia concreta a pruebas que produzcan el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos (confr. arg. doctrina de Fallos: 295:684), incumpliendo de este modo la actora con la carga de la prueba del hecho invocado en su beneficio (arts. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 116 de la ley 11.683 -t.o. en 1998- y sus modif.).

En virtud de lo expuesto, corresponde descalificar el fallo que se ataca de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Corte que sostiene que es requisito de validez de las sentencias como actos judiciales que ellas se encuentren fundadas y constituyan, en consecuencia, una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias de la causa (Fallos: 268:186; 272:172; 274:135 y 215; 277:213; 279:355; 284:119; 295:684 y otros).

11) Que, en atención a lo expresado, corresponde acoger los agravios de la demandada, y en consecuencia, rechazar la demanda, pues este Tribunal ha sostenido con anterioridad que los agentes de retención solo se encuentran autorizados a demandar la repetición de los impuestos regidos por la ley 11.683 en los supuestos en los que el cumplimiento del deber que la legislación les impone ha derivado en un perjuicio personal (Fallos: 306:1548; 324:920), y en el caso resulta claro que la actora no ha demostrado, como le correspondía, la existencia y acreditación de tales extremos. Máxime si se tiene en cuenta que en su escrito de demanda reconoce que realizó operaciones de compra de

cereales a productores agropecuarios en el período 12/2001 a 12/2007 -que generaron créditos fiscales en el IVA que fueron computados en sus propias declaraciones juradas del impuesto- y sobre las cuales practicó las retenciones del citado tributo en oportunidad de pagarle a sus proveedores (confr. pto. IV. Antecedentes, fs. 6/6 vta.; ver, asimismo, art. 13 de la ley 11.683 –t.o. en 1998- y sus modif., y arg. doctrina de Fallos: 308:919).

12) Que por el modo en que se resuelve deviene insustancial el tratamiento del planteo mantenido por la actora al contestar agravios en lo atinente al doble perjuicio que el rechazo de la demanda le ocasionaría con motivo de la imposibilidad de computar "el crédito fiscal de operaciones que había perfeccionado con productores debidamente registrados" y del impedimento para "recuperar las retenciones del gravamen que ingresó por esas operaciones anuladas". Asimismo, cabe rechazar el argumento atinente a que las retenciones ingresadas por la empresa resultarían incausadas por no corresponder a operaciones de venta que hayan generado el correspondiente crédito fiscal, toda vez que, como quedó comprobado en autos, el ajuste fiscal no se fundó en la declaración de inexistencia de las operaciones sino en la impugnación del cómputo del crédito fiscal originado en ellas (fs. 6/6 vta.).

13) Que, por último, mal puede interpretarse que el rechazo de la demanda de repetición iniciada por Compañía Argentina de Granos S.A. con posterioridad a la aceptación del ajuste fiscal –que el ente recaudador alega haber fundado en la impugnación de los proveedores considerados apócrifos por no tener la capacidad económica, financiera, patrimonial y operativa necesaria para desarrollar la producción y/o el acopio de los cereales comercializados sosteniendo que la empresa habría realizado una maniobra para ocultar a los verdaderos proveedores (confr. fs. 143/147; 209/210 y 269 vta. *in fine*/272)- conduzca necesariamente a una injusta falta de aprovechamiento del IVA retenido e ingresado por sujeto alguno que origine un enriquecimiento sin causa del Estado pues nada impediría a los contribuyentes –proveedores fictos o proveedores ocultos en la tesis fiscal- que se consideren con derecho para comparecer por la vía pertinente a fin de demostrar que son quienes efectivamente soportaron las retenciones y a quienes correspondería efectuar la imputación de su pago (confr. arg. doctrina de Fallos: 306:1548), de acuerdo con las previsiones legales correspondientes.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se rechaza la demanda (art. 16, segundo párrafo, de la ley 48), con costas de todas las instancias a la vencida (arts. 68 y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja a los autos principales. Notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA – HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por la **Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva**, representada por el **Dr. Pablo Monsello**, con el patrocinio letrado de la **Dra. María Luciana Medeot.**

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Río Cuarto.**

TAFFAREL, CARLOS ALBERTO s/ INCIDENTE DE RECURSO EXTRAORDINARIO

SENTENCIA

Si bien lo respectivo a las formalidades de la sentencia y al modo en que los jueces de los tribunales colegiados emiten sus votos son, como regla, materias ajenas al recurso extraordinario, corresponde hacer excepción a ese principio cuando no existe mayoría de opiniones coincidentes sobre la solución de la cuestión debatida, pues la validez de un fallo depende no solamente de que la mayoría convenga en la parte dispositiva, sino que también exhiba una sustancial coincidencia en los fundamentos, en tanto lo contrario importaría admitir que las sentencias de los tribunales colegiados pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales o aisladas de sus integrantes, cuando, en rigor, deben ser el producto de un intercambio de ideas.

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

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

SENTENCIA

Las decisiones de la Corte están en principio limitadas a los planteos formulados por los litigantes, pero resulta insoslayable declarar la inexistencia de aquellas sentencias que carecen de los requisitos indispensables para ser consideradas un acto judicial válido.

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

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal declaró inadmisible la queja de este Ministerio Público, interpuesta tras la denegación del recurso de casación deducido contra la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, mediante la cual se concedió la detención cautelar domiciliaria a Carlos Alberto T (fs. 7/8 vta.).

El señor Fiscal General interpuso entonces recurso extraordinario (fs. 9/20 vta.), cuyo rechazo (fs. 22 y vta.) motivó la presente queja (fs. 24/28 vta.).

-II-

Entiendo que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible con base en los argumentos y conclusiones desarrollados a ese respecto por V.E. en el caso O. 296, XLVIII, "Olivera Róvere, Jorge Carlos s/recurso de casación", sentencia del 27 de agosto de 2013, por lo que me remito a ellos en beneficio de la brevedad y, en consecuencia, opino que corresponde declarar procedente la queja.

Ello es suficiente, según lo aprecio, para que V.E. revoque la decisión apelada, en tanto resulta aplicable al *sub examine* la doctrina sentada en el precedente "Di Nunzio" (Fallos: 328:1108), conforme a la cual siempre que se invoquen agravios que habiliten la intervención de la Corte, éstos deben ser tratados previamente por la Cámara Federal de Casación Penal, en su carácter de "tribunal intermedio".

-III-

Por otro lado, advierto que los votos concurrentes de la decisión impugnada mediante recurso federal no se basan en fundamentos coincidentes. En efecto, la juez Ledesma señaló que el recurrente no había logrado rebatir los argumentos de la cámara de apelaciones, en particular, en cuanto a las condiciones de salud del imputado y su edad. En cambio, el juez Yacobucci también afirmó que el recurrente no había rebatido todos y cada uno de los argumentos de la cámara, pero se refirió, a ese respecto, sólo a aquellos dirigidos a demostrar la inexistencia de riesgo procesal y otras consecuencias vinculadas con la "prevención general positiva" derivadas de la medida bajo análisis (fs. 7/8).

En consecuencia, cabe recordar que si bien lo respectivo a las formalidades de la sentencia y al modo en que los jueces de los tribunales colegiados emiten sus votos son, como regla, materias ajenas al recurso extraordinario, corresponde hacer excepción a ese principio cuando no existe mayoría de opiniones coincidentes sobre la solución de la cuestión debatida, pues la validez de un fallo depende no solamente de que la mayoría convenga en la parte dispositiva, sino que también exhiba una sustancial coincidencia en los fundamentos. Lo contrario importaría admitir que las sentencias de los tribunales colegiados pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales o aisladas de sus integrantes, cuando, en rigor, deben ser el producto de un intercambio de ideas (Fallos: 312:1058, 313:475; 332:826, entre muchos otros).

No paso por alto que las decisiones de la Corte están en principio limitadas a los planteos formulados por los litigantes, pero resulta insoslayable declarar la inexistencia de aquellas sentencias que carecen de los requisitos indispensables para ser consideradas un acto judicial válido (Fallos: 330:2132; 338:1335).

-IV-

Por todo lo expuesto, y los demás argumentos desarrollados por el señor Fiscal General, mantengo la presente queja. Buenos Aires, 2 de mayo de 2019. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, en la causa Taffarel, Carlos Alberto s/ incidente de recurso extraordinario", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos –en lo pertinente- los fundamentos expuestos por el señor Procurador General de la Nación interino, a los que se remite en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Remítase al tribunal de origen para su agregación a los autos principales y, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese y cúmplase.

Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia)– Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Disidencia del Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a esta queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la queja. Notifíquese y archívese.

Carlos Fernando Rosenkrantz.

Recurso de queja interpuesto por el **Dr. Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal.**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca.**

TURISMO DOSS S.A. c/ EN – AFIP – DGI – RESOL. 1/11 (NGDE)
s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso interpuesto resulta formalmente admisible toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal (art. 77 y concordantes de la ley 20.628, sus modif. y disposiciones reglamentarias), y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que la recurrente ha sustentado en ellas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la decisión del a quo que rechazó la solicitud de encuadrar el proceso de reorganización empresaria por medio del cual se había transferido el fondo de comercio de una empresa a otra como libre de impuestos, en los términos del art. 77 de la ley 20.628, con sustento en que dicha reorganización societaria no se había llevado a cabo con el propósito exclusivo de promover la eficiencia en la organización empresarial, pues de la citada norma surge con nitidez que el recaudo exigido por la cámara no se encuentra establecido en ninguno de los párrafos del texto legal, careciendo en consecuencia del necesario respaldo normativo.

INTERPRETACION DE LA LEY

La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal si, como en el caso, no media debate ni declaración de inconstitucionali-

dad, pues la exégesis de la norma, aun con el fin de adecuación a garantías y principios constitucionales, debe practicarse sin violación de su letra o de su espíritu.

INTERPRETACION DE LA LEY

El primer método de interpretación al que debe acudir el juez es el literal, conforme al cual debe atenderse a las palabras de la ley.

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Corresponde declarar la nulidad de las resoluciones mediante las cuales la AFIP había desestimado la solicitud de encuadrar el proceso de reorganización empresaria por medio del cual se había transferido el fondo de comercio de una empresa a otra como libre de impuestos, en los términos del art. 77 de la ley 20.628, pues las mismas poseen vicios relativos a la competencia del funcionario actuante como así también en el procedimiento para su dictado (art. 7°, incs. a y d, de la ley 19.549), en tanto la AFIP debió ceñirse a poner en práctica sus amplias facultades de inspección y fiscalización, consagradas en los arts. 35 y cc. de la ley 11.683, para revisar lo efectuado por ambas contribuyentes y reflejado en sus respectivas declaraciones juradas para, en caso de discrepar con ello, activar el único procedimiento válido para impugnar en este caso dichas declaraciones juradas, es decir el reglado en los arts. 16, 17 y cc. de la ley de procedimientos tributarios (Voto del juez Rosatti).

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

INTERPRETACION DE LA LEY

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 no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial, 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 (Voto del juez Rosatti).

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Las cuestiones aquí debatidas resultan sustancialmente análogas a las ya estudiadas en mi dictamen del 26 de mayo de 2017 en la causa CAF. 37697/2013/CA1-CS1, "Rina Iberia SL Suc. Argentina c/ AFIP-DGI s/ Dirección General Impositiva", a cuyos términos me remito en cuanto fueren de aplicación a este expediente.

En virtud de allí expuesto, opino que cabe declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto, declarar la nulidad de la resolución 317/2012 (DI RNOR) y, con tal alcance, hacer lugar a la demanda. Buenos Aires, 20 de septiembre de 2018. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 11 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Turismo Doss S.A. c/ EN – AFIP – DGI – resol. 1/11 (NGDE) s/ proceso de conocimiento".

Considerando:

1°) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar lo decidido por la anterior instancia, rechazó la demanda iniciada por Turismo Doss S.A. contra la AFIP a fin de obtener la nulidad de la resolución 1/2011 (DV NGDE) y de su confirmatoria 317/12 (DI RNOR), mediante las cuales el organismo recaudador había desestimado la solicitud de encuadrar el proceso de reorganización empresaria por medio del cual se había transferido el fondo de comercio de Inversora El Huerto S.A. a Turismo Doss S.A. como libre de impuestos, en los términos del art. 77 de la ley 20.628.

Para así decidir, en primer lugar, puso de relieve que dicha operación había sido enmarcada como una transferencia dentro de un mismo grupo económico (inc. c del art. 77 de esa ley) por cuanto, con anterioridad a la transferencia, los señores Carlos Marcelo Braun y Sebastián Braun poseían, cada quien, el 2,5% de las acciones de cada

una de las referidas sociedades, mientras que el 95% restante, en ambos casos, pertenecía a Lekensur S.A.

En esa línea, luego de recordar lo dispuesto por el citado art. 77 de la ley del gravamen, por el art. 105 de su decreto reglamentario, y de confirmar lo decidido por el juez de grado respecto a que no era exigible a la actora que la contraprestación por la transferencia del fondo de comercio fuera solo en acciones, y no en dinero (confr. fs. 336/338), sostuvo que la reorganización societaria examinada no se había llevado a cabo con el propósito exclusivo de promover la eficiencia en la organización empresarial.

En tal sentido, indicó que, de la documentación acompañada por la actora, surgía que mediante la asamblea general celebrada el 25 de febrero de 2008, los accionistas de Inversora El Huerto S.A. habían decidido capitalizar $ 6.188.844 en concepto de aportes irrevocables realizados por ellos con anterioridad a esa asamblea (confr. fs. 52/53), y que el 29 de febrero de 2008 el directorio de la sociedad había informado que se había celebrado el boleto provisorio de transferencia del fondo de comercio en cuestión con Turismo Doss S.A., por la suma de $ 6.140.005, a pagar dentro de los 360 días corridos, y convocó a asamblea general extraordinaria a fin de ratificar esa gestión, lo que ocurrió a las pocas horas.

Agregó que el 28 de noviembre de 2008 el directorio de Turismo Doss S.A. había dispuesto considerar un aporte irrevocable de sus socios por un importe de $ 5.900.000 a cuenta de la futura suscripción de acciones, derivados de la cesión del crédito que Inversora El Huerto S.A. les había realizado como consecuencia de una reducción en su capital social. En paralelo, del acta de la asamblea extraordinaria de Inversora El Huerto S.A., celebrada ese mismo día, destacó que surgía que, al haberse transferido el fondo de comercio, los accionistas habían considerado que el capital social resultaba sobreabundante para el giro de la sociedad, por lo que habían dispuesto una reducción por $ 5.900.000, que sería materializada mediante la cesión de derechos sobre el crédito que la empresa tenía contra Turismo Doss S.A., por el precio de la transferencia del fondo de comercio.

Remarcó que, en la asamblea extraordinaria del 7 de enero de 2011, celebrada por los socios de Turismo Doss S.A., se había decidido que el precio de la transferencia del fondo de comercio, es decir $ 6.140.005, se-

ría cancelado mediante la emisión de acciones equivalentes $ 5.900.000 distribuidas entre los socios de Inversora El Huerto S.A. de acuerdo a su participación, mientras que el saldo restante de $ 240.000 se capitalizó y se emitieron acciones a favor de Inversora El Huerto S.A.

Con base en ello, la cámara concluyó en que, por medio del entramado de actos descripto, y de manera elíptica, prácticamente la totalidad del precio recibido por la transferencia del fondo de comercio había terminado en el patrimonio de los accionistas de la sociedad Inversora El Huerto S.A., pero no en el patrimonio de la sociedad.

Bajo esa perspectiva, enfatizó que para poder acceder a los beneficios impositivos pretendidos era necesario que las sociedades, y en definitiva las empresas, fuesen las que se reorganizasen, pues los beneficios establecidos en los arts. 77 y 78 de la ley del gravamen habían sido establecidos para favorecer a las sociedades o empresas, mas no para provecho directo de sus socios que, en el caso, eran quienes habían recibido el precio de la transferencia.

Finalmente, manifestó que de las constancias de la causa no se desprendía que hubiese existido una "reorganización de empresas" pues, en sustancia, aquella consistió en la transferencia de un fondo de comercio a cambio de la emisión de acciones en favor de sujetos que no eran parte en el proceso de reorganización, es decir de los socios, con el correlativo incremento de sus patrimonios.

2°) Que contra esta sentencia, la parte actora dedujo recurso extraordinario a fs. 241/258, que fue contestado por el Fisco Nacional a fs. 261/267 vta., y concedido por el tribunal *a quo* en cuanto se encuentra en discusión el alcance e interpretación de normas de carácter federal, y denegado por la causal de arbitrariedad (conf. fs. 270/270 vta.). Respecto de esta última, dado que la interesada no dedujo recurso de queja en relación a los fundamentos fácticos de la sentencia, respecto a los cuales no se concedió el recurso extraordinario, la jurisdicción de esta Corte quedó abierta en la medida en que la otorgó la alzada (Fallos: 315:1687; 316:1713, entre muchos otros).

3°) Que el recurso interpuesto resulta formalmente admisible toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas de carácter federal (art. 77 y concordantes de la ley 20.628, sus modif. y disposiciones reglamentarias), y la sentencia definitiva del superior

tribunal de la causa es contraria al derecho que la recurrente ha sustentado en ellas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

4°) Que el art. 77 de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. decreto 649/97) establece que: "Cuando se reorganicen sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza en los términos de este artículo, los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el impuesto de esta ley, siempre que la o las entidades continuadoras prosigan, durante un lapso no inferior a DOS (2) años desde la fecha de la reorganización, la actividad de la o las empresas reestructuradas u otra vinculada con las mismas.

"En tales casos, los derechos y obligaciones fiscales establecidos en el artículo siguiente, correspondientes a los sujetos que se reorganizan, serán trasladados a la o las entidades continuadoras.

"El cambio de actividad antes de transcurrido el lapso señalado tendrá efecto de condición resolutoria. La reorganización deberá ser comunicada a la DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA en los plazos y condiciones que la misma establezca.

"En el caso de incumplirse los requisitos establecidos por esta ley o su decreto reglamentario para que la reorganización tenga los efectos impositivos previstos, deberán presentarse o rectificarse las declaraciones juradas respectivas aplicando las disposiciones legales que hubieran correspondido si la operación se hubiera realizado al margen del presente régimen e ingresarse el impuesto con más la actualización que establece la Ley Nº 11.683, sin perjuicio de los intereses y demás accesorios que correspondan.

"Cuando por el tipo de reorganización no se produzca la transferencia total de la o las empresas reorganizadas, excepto en el caso de escisión, el traslado de los derechos y obligaciones fiscales quedará supeditado a la aprobación previa de la DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA.

"Se entiende por reorganización:

"a) La fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas.

"b) La escisión o división de una empresa en otra u otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera.

"c) Las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico.

"En los casos de otras ventas y transferencias, no se trasladarán los derechos y obligaciones fiscales establecidos en el artículo siguiente, y cuando el precio de transferencia asignado sea superior al corriente en plaza de los bienes respectivos, el valor a considerar impositivamente será dicho precio de plaza, debiendo dispensarse al excedente el tratamiento que da esta ley al rubro llave.

"Para que la reorganización tenga los efectos impositivos previstos en este artículo, el o los titulares de la o las empresas antecesoras deberán mantener durante un lapso no inferior a dos (2) años contados desde la fecha de la reorganización, un importe de participación no menor al que debían poseer a esa fecha en el capital de la o las empresas continuadoras, de acuerdo a lo que, para cada caso, establezca la reglamentación.

"El requisito previsto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la o las empresas continuadoras coticen sus acciones en mercados autorregulados bursátiles, debiendo mantener esa cotización por un lapso no inferior a dos (2) años contados desde la fecha de la reorganización".

5°) Que de la norma transcripta surge con nitidez que el recaudo exigido por la cámara, es decir que para poder acceder a los beneficios que establecen los artículos 77 y 78 de la ley del impuesto a las ganancias es requisito esencial que existan dos o más sociedades que se reorganizan "*con el propósito exclusivo de promover la eficiencia en la organización empresarial de la que se trata*" (conf. fs. 238), no se encuentra establecido en ninguno de los párrafos del texto legal.

Al respecto, la claridad de las normas referidas impone apegarse, para la resolución del tema debatido, al principio sostenido reiteradamente por esta Corte conforme al cual la primera fuente

de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal si, como en el caso, no media debate ni declaración de inconstitucionalidad, pues la exégesis de la norma, aun con el fin de adecuación a garantías y principios constitucionales, debe practicarse sin violación de su letra o de su espíritu (doctrina de Fallos: 300:687; 301:958 y 307:928).

En el mismo sentido, huelga recordar que "(e)l primer método de interpretación al que debe acudir el juez es el literal, conforme al cual debe atenderse a las palabras de la ley" (Fallos: 326:4909, entre otros).

6°) Que, en tales condiciones, cabe concluir en que la sentencia apelada impuso un recaudo que no surge prescripto por el legislador (arg. de Fallos: 321:434) y que, por lo tanto, la decisión del *a quo* -en cuanto rechazó la reorganización libre de impuestos, en los términos del art. 77 de la ley 20.628, en el que se había transferido el fondo de comercio de la empresa Inversora El Huerto S.A. a Turismo Doss S.A.- carece del necesario respaldo normativo.

Ello es así, pues esta Corte ha señalado que "no puede entenderse que exista una redacción descuidada o desafortunada del legislador [quien podría haber establecido el requisito explicitado por la cámara] y [sin embargo] no lo hizo" (arg. de Fallos: 328:456), toda vez que "(l)a inconsecuencia del legislador no se presume" (Fallos: 306:721; 307:518 y 319:2249).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, 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 quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí expresado. Notifíquese y devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti (según su voto).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que esta Corte comparte los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los cuales cabe remitir en razón de la brevedad.

2°) Que la postura que aquí se adopta no solo responde a una interpretación armónica de la totalidad del ordenamiento jurídico, sino que impide un desdoblamiento procedimental del beneficio previsto en el art. 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias entonces vigente (Fallos: 340:1644, voto del juez Rosatti).

3°) Que, asimismo, este criterio no conlleva necesariamente una dilación irrazonable de la decisión sobre la reorganización societaria. Lejos de ello, traslada el análisis de la cuestión al cauce adjetivo natural de la relación entre el contribuyente y el Fisco Nacional; esto es, la determinación de la obligación tributaria, con las causales de extinción que la rigen y que, eventualmente, podrían haber operado en el caso (Fallos: 340:1344, voto del juez Rosatti).

En esos términos, más allá de su efecto sobre el contribuyente, la decisión redunda en una mayor eficiencia recaudatoria ya que evita el posible fenecimiento de los poderes del Fisco sobre los tributos adeudados con motivo de la reorganización y permite, llegado el caso, su ejecución.

Por ello, en sentido concordante al dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí expresado. Notifíquese y devuélvase.

HORACIO ROSATTI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Turismo Doss S.A.**, representada por el **Dr. Horacio D. Díaz Sieiro y por la Dra. Silvana M. Garrido Santos.**

Traslado contestado por el **Fisco Nacional (AFIP – DGI)**, representado por la **Dra. Marta Franco.**

Tribunal de origen: **Sala V 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 nº 8.**

IBARROLA, ROMINA NATALIA c/ FORMOSA, PROVINCIA DE s/ ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA

MEDIDA CAUTELAR

Aun cuando la Corte no se ha pronunciado acerca de su competencia para conocer en la causa por vía de su instancia originaria, las excepcionalísimas circunstancias que rodean al presente caso habilitan que se examine la medida cautelar solicitada – ordenar a la provincia demandada que se abstenga de ejecutar actos que impidan el libre tránsito de la actora en el territorio provincial para visitar a su madre que se encuentra en grave estado de salud -, de acuerdo a lo previsto en los artículos 196 y 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

La medida cautelar innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión.

MEDIDA CAUTELAR

Es de la esencia de los institutos procesales de orden excepcional, como la medidas cautelar innovativa, enfocar sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación ulterior.

MEDIDA CAUTELAR

El examen de las medidas cautelares, lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses del demandante y el derecho constitucional de defensa del demandado.

DERECHOS INDIVIDUALES

Aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no menos cierto es que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto y los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance.

COVID-19

Todas las medidas que los Estados adopten para hacer frente a la pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

EMERGENCIA SANITARIA

Si bien no pueden desconocerse las facultades con las que cuenta la provincia demandada para establecer en su territorio las medidas de prevención que considere adecuadas en el contexto de la particular situación de emergencia sanitaria de efectos mundiales, dichas potestades deben ejercerse de modo razonable y respetando siempre estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos, pues 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.

COVID-19

Las condiciones de ingreso a su territorio impuestas por la provincia demanda a la actora - aislamiento por el plazo de 15 días en un centro de aislamiento preventivo - no se ajustan a los casos de urgencia previstos en el decreto 125/2021, al mismo tiempo que aparece como una limitación irrazonable al derecho de acompañar a un familiar enfermo, en tanto sujetar a una persona al cumplimiento de un plazo de aislamiento y espera que, conforme al desenvolvimiento natural y ordinario de los hechos, podría frustrar la sustancia del derecho implicado no puede encontrar sustento en la impronta humana y realista que exige la Constitución Nacional.

COVID-19

Sin perjuicio de lo que en definitiva se decida en relación a la competencia de la Corte para entender en el caso por vía de su instancia originaria, corresponde ordenar a la provincia demandada que permita a la actora el ingreso al territorio provincial -y su oportuno egreso-, a los efectos de acompañar a su madre, haciéndole saber que deberá contemplar las posibilidades de licencia de la actora en su actividad profesional, como así también que, en caso de serle requerido un aislamiento, podrá ser cumplido en su domicilio familiar, todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las demás medidas sanitarias que se estimen pertinentes.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 12 de marzo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que Romina Natalia Ibarrola, por su propio derecho, promovió la presente acción declarativa en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Formosa, a fin de que se haga cesar el estado de incertidumbre en el que dijo encontrarse frente a la pretensión de la demandada de obligarla a realizar –junto con su grupo familiar– un aislamiento compulsivo en un “Centro de Aislamiento Preventivo” y de restringir el libre tránsito dentro del territorio provincial has-

ta la localidad de Clorinda. En ese sentido, pidió que se declare la inconstitucionalidad del "Sistema ordenado y administrado" implementado por la provincia y de los "Centros de Aislamiento Preventivo" establecidos por la demandada con fundamento en las medidas sanitarias adoptadas mediante los decretos nacionales 260/20, 297/20, sus modificatorios y normas concordantes, 875/20 y 1033/20; y de cualquier otro acto administrativo o norma vigente, o que entre en vigencia durante el curso del proceso, que le impida el ingreso a la ciudad de Clorinda, dado que –según expresa– todo ello vulnera lo dispuesto por los artículos 8º, 9º, 14, 14 bis, 16, 17, 18, 28, 33, 43 y 75 –inciso 22– de la Constitución Nacional; 5º, 8º, 22, 24, 25, 28 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la ley 23.054); la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849 y 26.061); la ley de derechos del paciente (ley 26.529); y los artículos 51 y 52 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Manifestó que son de conocimiento público y notorio las medidas dispuestas por la Provincia de Formosa para restringir el ingreso y reingreso de personas al territorio provincial, que motivaron el pronunciamiento del Tribunal en la causa "Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo – amparo colectivo" (expte. 2774/2020), las cuales –también según relató– no han cesado.

Explicó que solicitó su ingreso a la provincia sin posibilidad de elegir libremente una fecha y que en su oportunidad le comunicaron que podría ingresar el 8 de diciembre de 2020 a un "Centro de Aislamiento Preventivo" a ser determinado por la autoridad local, para permanecer en ese lugar por un período de 15 días.

Refirió que, posteriormente, comunicó a las autoridades provinciales su intención de ingresar el 30 de diciembre pasado y que su madre –a quien desea visitar– padece problemas de salud derivados de un prolongado tratamiento oncológico que le provocó una insuficiencia cardíaca que hace que su corazón funcione por debajo de sus capacidades.

Respecto de la admisibilidad de la acción iniciada, manifestó la gravedad institucional que implican los hechos relatados, en atención a que –según alega– se encuentran en juego derechos garanti-

zados por la Constitución tales como el derecho a la igualdad ante la ley, a la libertad, a la libre circulación, a la dignidad de las personas y a la salud, entre otros.

Sostuvo que la demandada ha establecido, a través de disposiciones que –a su juicio– atentan contra los principios de la autonomía de la voluntad y la autodeterminación de las personas, un sistema de ingreso a la provincia que resulta inconstitucional al disponer requisitos migratorios y aduaneros más rigurosos que los fijados para la entrada y salida del país, en particular, la obligatoriedad de permanecer en "Centros de Aislamiento Preventivo", que ni siquiera cumplen con los estándares mínimos de un establecimiento médico, sin la posibilidad de aislarse en domicilios privados.

Añadió que también considera irrazonable la alternativa de llevar adelante el aislamiento en hoteles habilitados por la autoridad sanitaria, a costa de la persona que solicita el ingreso, cuyo precio fija la provincia y debe abonarse 72 horas antes.

Concluyó que las medidas dispuestas por la demandada resultan arbitrarias y desproporcionadas respecto de la real situación sanitaria descripta en los considerandos del decreto 1033/20 del Poder Ejecutivo Nacional, que ponen en juego libertades esenciales de quienes solicitan ingresar al territorio provincial.

Por último, solicitó, en carácter de medida cautelar, que se ordene a la demandada que se abstenga de realizar acto alguno que impida su tránsito y el de su grupo familiar por el territorio provincial hasta llegar a la localidad de Clorinda, al domicilio de sus padres, y de salir de dicha ciudad para regresar a La Plata (Provincia de Buenos Aires) sin obligarla a trasladarse a ningún "Centro de Aislamiento Preventivo".

2°) Que el 12 de enero de 2021 la actora denunció el agravamiento del estado de salud de su madre.

En concreto informó que, por sus antecedentes clínicos, su progenitora había "tomado la decisión de no recibir otros tratamientos médicos más que el de cuidados paliativos adhiriendo a todos los derechos que le asisten regulados en la Ley 26742/2012".

3°) Que, asimismo, el 15 de enero de 2021 la accionante puso en conocimiento del Tribunal que el cuadro de enfermedad referido en el considerando precedente había empeorado, y que su madre había presentado una falla cardíaca aguda, con sospecha de trombosis pulmonar, que derivó en su internación en la Clínica Argentina de la Ciudad de Clorinda.

Posteriormente –y siempre según el relato de la actora– su madre fue trasladada a su vivienda donde se encuentra "en internación domiciliaria, estable, pero con oxígeno permanente".

4°) Que en función de las particularidades del caso planteado, y con el fin de visitar a su madre –quien, insiste, se encuentra enferma, con riesgo para su vida– posteriormente reiteró la solicitud de que se ordene a la demandada –con carácter cautelar– que se abstenga de efectuar cualquier acto que implique restricción alguna a la libertad de ingreso a la Provincia de Formosa hasta la ciudad de Clorinda, así como de toda otra limitación que afecte la libre disposición de su cuerpo y el de su grupo familiar.

5°) Que en virtud de los antecedentes reseñados, y aun cuando el Tribunal no se ha pronunciado acerca de su competencia para conocer en la presente causa por vía de su instancia originaria, las excepcionalísimas circunstancias que rodean al presente caso habilitan que esta Corte examine la medida cautelar solicitada, de acuerdo a lo previsto en los artículos 196 y 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (cfr. causa "Maggi, Mariano", publicada en Fallos: 343:930).

6°) Que, en ese sentido, esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 331:2889 y 342:645, entre otros).

7°) Que, asimismo, es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación ulterior (Fallos: 330:1261 y 343:930, citado precedentemente).

8°) Que el examen de ese tipo de medidas cautelares, lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud– los probados intereses del demandante y el derecho constitucional de defensa del demandado (Fallos: 334:1691).

9°) Que la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes de la Nación el derecho a transitar libremente en su territorio, sin distinción alguna (artículos 8° y 14). Por su parte, entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (aprobada por la ley 23.054), como el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (aprobado por la ley 23.313), ambos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental), también reconocen en los incisos 1° de sus artículos 22 y 12, respectivamente, el derecho de toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado a circular libremente por él; y si bien el ejercicio de dicho derecho puede ser restringido por medio de una ley cuando sea necesario para proteger, entre otras cosas, la salud pública, lo cierto es que las restricciones deben ser compatibles con los demás derechos reconocidos en esos pactos (incisos 3° de los artículos 22 y 12 citados).

Como ya ha señalado esta Corte, aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no menos cierto es que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto. Los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance (causa "Lee, Carlos Roberto y otro", publicada en Fallos: 343:1704).

10) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió, el 9 de abril de 2020, una Declaración titulada "COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales", a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el

pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal.

Entre las consideraciones particulares incluidas en dicha declaración, cabe destacar, por su atinencia al caso y en tanto esta Corte la comparte, que: "Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos" (Fallos: 343:930 y causa "Petcoff Naidenoff, Luis", publicada en Fallos: 344:126).

11) Que si bien esta Corte ha señalado que no pueden desconocerse las facultades con las que cuenta la Provincia de Formosa para establecer en su territorio las medidas de prevención que considere adecuadas en el contexto de la particular situación de emergencia sanitaria de efectos mundiales que está transcurriendo, el Tribunal también destacó que dichas potestades deben ejercerse de modo razonable y respetando siempre estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos (Fallos: 343:1704 y sentencia dictada en la causa "Petcoff Naidenoff, Luis", publicada en Fallos: 344:126).

Ello pues 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; 337:1464; 340:1480).

12) Que en la normativa dictada por el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria, ampliada por el decreto 260/20 y sus modificatorios, y en atención a la situación epidemiológica existente en las distintas regiones del país con relación a la COVID-19, se ha establecido expresamente que "deberá autorizarse el acompañamiento durante la internación, en sus últimos días de vida, de los y las pacientes con diagnóstico confirmado de COVID-19 o de cualquier enfermedad o padecimiento" (artículo 26 del decreto 125/2021).

La disposición citada prescribe también que, en tales casos, las normas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán prever la aplicación de un estricto protocolo de acompañamiento de pacientes que resguarde la salud del o de la acompañante, que cumpla con las recomendaciones e instrucciones del Ministerio de Salud de la Nación y de las autoridades sanitarias locales. Asimismo, que "los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictarán las correspondientes reglamentaciones".

13) Que, en atención a todo lo expresado, y dadas las particularidades de esta causa, corresponde acceder a la medida cautelar solicitada, con los alcances que se establecerán a continuación (artículo 204, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En efecto, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión en esta instancia, surge *prima facie* que en el caso, de sustancial analogía además a las prescripciones del citado decreto 125/2021, de conformidad con la documentación acompañada, las condiciones de ingreso a su territorio impuestas por la provincia no se ajustan a los casos de urgencia previstos en la norma (v. asimismo disposiciones análogas en los decretos 714/2020, 754/2020, 792/2020, 814/2020, 875/2020, 956/2020, 1033/2020 y 67/2021), al mismo tiempo que aparecen –de acuerdo a los argumentos desarrollados precedentemente– como una limitación irrazonable al derecho de acompañar a un familiar enfermo.

De manera que el Tribunal adoptará una decisión proporcionada a las circunstancias descriptas, pues sujetar a una persona al cumplimiento de un plazo de aislamiento y espera que, conforme al desenvolvimiento natural y ordinario de los hechos, podría frustrar la sustancia del derecho implicado no puede encontrar sustento en la impronta humana y realista que exige la Constitución Nacional (arg. Fallos: 316:779 y 343:264).

Por ello, y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida en relación a la competencia de esta Corte para entender en el caso por vía de su instancia originaria, se resuelve: Ordenar a la Provincia de Formosa que permita a la señora Romina Natalia Ibarrola el ingreso al territorio provincial –y su oportuno egreso–, a los efectos de acompañar a su madre, señora Antonia Inés Enrique, domiciliada en la localidad de

Clorinda, haciéndole saber que deberá contemplar las posibilidades de licencia de la actora en su actividad profesional, como así también que, en caso de serle requerido un aislamiento, podrá ser cumplido en el domicilio familiar que la actora identifique; todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las demás medidas sanitarias que se estimen pertinentes. Notifíquese a la actora y comuníquese mediante oficio al señor Gobernador y a la señora Fiscal de Estado de la Provincia de Formosa.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Parte actora: **Dra. Romina Natalia Ibarrola, letrada en causa propia.**
Parte demandada: **Provincia de Formosa, no presentada en autos.**

C., A. G. c/ C., C. J. s/ Reintegro de hijo

CUESTIONES DE COMPETENCIA

El Código Civil y Comercial de la Nación asigna el conocimiento de los procesos relativos a niños, niñas y adolescentes, al juez del foro en el cual se sitúa su centro de vida (art. 716), entendido como el lugar donde las personas menores de edad hubiesen transcurrido, en condiciones legítimas, la mayor parte de su existencia, conforme disponen el artículo 3, inciso f, de la Ley 26.061 de Protección Integración de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y su decreto reglamentario 415/06.

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

CONFLICTO DE COMPETENCIA

Toda vez que no resulta adecuado, en este estadio de la causa, pronunciarse sobre el centro de vida de estos niños y dado que ambos jueces en conflicto se encontrarían en situación legal análoga para asumir la función de resguardo, la elección debe hacerse sopesando cuál de ellos estará en mejores condiciones para alcanzar el amparo integral de los derechos fundamentales de estos niños, resultando necesario

priorizar el resguardo del principio de inmediatez, en procura de una eficaz tutela de los derechos.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

–I–

El Juzgado de Familia n° 1 del Departamento Judicial de Mercedes, provincia de Buenos Aires, planteó la inhibitoria respecto del Juzgado de Familia de la Tercera Nominación, provincia de San Juan, para entender en los litigios entablados por A.G.C. y C.J.C. respecto de sus hijos menores de edad, R.V.C. y N.J.C. (fs. 187/188, del expediente en formato digital, al que me referiré en adelante). Por su parte, el juzgado de familia de la provincia de San Juan rechazó la inhibitoria y sostuvo su competencia respecto de todas las causas que tengan por objeto a los niños mencionados (fs. 216/223).

En tales condiciones, se ha planteado un conflicto positivo que incumbe dirimir a la Corte Suprema, con arreglo al artículo 24, inciso 7, del decreto-ley 1285/1958, texto ley 21.708.

–II–

En lo que aquí interesa, el Código Civil y Comercial de la Nación asigna el conocimiento de los procesos relativos a niños, niñas y adolescentes, al juez del foro en el cual se sitúa su centro de vida (art. 716), entendido como el lugar donde las personas menores de edad hubiesen transcurrido, en condiciones legítimas, la mayor parte de su existencia, conforme disponen el artículo 3, inciso f, de la Ley 26.061 de Protección Integración de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y su decreto reglamentario 415/06.

Por lo demás, en varias ocasiones se ha señalado la necesidad de examinar prudencialmente los elementos configurativos de cada supuesto, en la convicción de que así lo reclama el mejor interés que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño (Fallos: 339:1571, “M., P.”; CIV 74074/2015/CS1, “P., F. G. c/ V., E. H. s/ reintegro de hijo”, sentencia del 18 de diciembre de 2018; CSJ 1535/2019/CS1, “P.V., P. c/ M.C., L.M. s/ cuidado personal de hijos”, sentencia del 26 de diciembre

de 2019).

–III–

Estudiada la cuestión con ajuste a esos parámetros, se advierte que R.V.C. y N.J.C. vivieron en la ciudad de Mercedes desde que nacieron -el 17/10/2007 y el 13/8/2009, respectivamente (fs. 4/5)-, hasta diciembre de 2018 donde fueron a la provincia de San Juan a pasar las vacaciones con su progenitor. A partir de allí, los niños han permanecido junto a su padre en la ciudad de San Juan, ante cuyos tribunales, C.J.C. obtuvo una medida cautelar de cuidado personal unilateral (fs. 155/161). A su vez, A.G.C. entabló un pedido de reintegro de los hijos, ante la justicia bonaerense.

El argumento central de la progenitora gira en torno a que el padre habría desplazado en forma inconsulta a los niños, que se encontrarían en serio riesgo. En este orden, aduce que C.J.C. es una persona violenta, está acusado de abusos sexuales y es incapaz de ejercer un adecuado cuidado y resguardo de los niños (v. esp. fs. 40/45). A su turno, C.J.C. afirma que la estancia de los hijos en su actual domicilio obedece a la voluntad de éstos, quienes alegaron que fueron sometidos a agresiones físicas y psicológicas por parte de la progenitora y su pareja (fs. 63/67, 89/93 y 132/134).

En suma, las partes sostienen versiones enfrentadas y han iniciado sendos procesos, en los que persiguen condenas contrapuestas. Frente a esos elementos antitéticos, entiendo que no contamos con bases suficientes respecto de la irregularidad de la permanencia de R. V.C. y N.J.C. en la provincia de San Juan, ni es la oportunidad adecuada para formular juicios sobre los temas de fondo, que tan íntima relación guardan con los términos en los que se ha solventado la cuestión de competencia (CSJN, en autos CIV 3825/2018/CS1, "N.S., P.R. c/ T., K.E. s/ medidas precautorias", sentencia del 26 de diciembre de 2019).

En ese marco, no existe certeza en cuanto a las razones que originaron la actual situación, ni a sus concretos alcances, pues las explicaciones que las partes ofrecen resultan discordantes, sin que corresponda ingresar en su esclarecimiento (CSJ 642/2017/CS1, "F., S.D. y otro c/ M., S.C. s/ reintegro de hijo", sentencia del 19 de septiembre de 2017; entre otros). Sin perjuicio de lo anterior, no puedo dejar de destacar que corresponde valorar especialmente las declaraciones efectuadas por los niños a fojas 132/134.

En función de todo lo expuesto, considero que no resulta adecuado, en este estadio, pronunciarse sobre el centro de vida de estos niños

(CSJ 3686/2015/CS1, "C., M.G. s/ medidas cautelares", sentencia del 2 de marzo de 2016; Fallos: 339:1571, "M.P."; entre otros).

Así las cosas, dado que ambos jueces en conflicto se encontrarían en situación legal análoga para asumir la función de resguardo, la elección debe hacerse sopesando cuál de ellos estará en mejores condiciones para alcanzar el amparo integral de los derechos fundamentales de estos niños (Fallos: 339:1571, "M., P.").

En esa tarea, no puede soslayarse que R.V.C. y N.J.C. residen establemente en la provincia de San Juan a cargo de su padre, marco en el cual la proximidad de la que gozan los jueces locales, constituye un arbitrio ciertamente relevante en el plano de la efectividad de la labor tutelar (Fallos: 339:1571 cit.; entre muchos otros).

Desde esa perspectiva, sin que ello implique un anticipo sobre la suerte que deben correr las pretensiones de las partes, considero que es necesario priorizar el resguardo del principio de inmediatez, en procura de una eficaz tutela de aquellos derechos. En consecuencia, ponderando que no es posible esclarecer aquí la concurrencia de impedimentos al contacto y la supervisión de la madre o de restricciones infundadas en el ejercicio de su derecho de defensa, en función de la distancia, debo concluir que los tribunales sanjuaninos están en mejores condiciones para alcanzar la protección integral de los derechos de R.V.C. y N.J.C., puesto que sus jueces poseen, dentro de su propio ámbito territorial, acceso directo a la persona de los afectados (CSJ 374/2014 (50·C)/CS1 "R., L.C. c/ F., G.M s/ tenencia-incidente de inhibitoria", sentencia del 6 de octubre de 2015; CSJ 695/2016/CS1, "F.S., M. c/B., J. D. s/ medidas preventivas urgentes (ley 26.485)", sentencia del 27 de diciembre de 2016; Fallos: 339:1571, "M., P."; entre otros).

El enfoque aquí propuesto, guarda coherencia con la directiva del artículo 706 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto consagra la necesidad de valorar el mejor interés de la persona menor de edad involucrada, así como el respeto de la tutela judicial efectiva y la inmediación, como principios generales que deben gobernar los procesos de familia (CSJ 1681/2017/CS1, "C., R. c/ P., N. R. s/ medida cautelar", del 13/11/2018; CSJ 917/2019/CS1, "W., S. J. c/ D., L. D. s/ medida provisional urgente cuidado personal unilateral", sentencia del 1 de octubre de 2020).

–IV–

Por lo expuesto, opino que las actuaciones deben seguir su trámite ante el Juzgado de Familia de la 3ª Nominación de la provincia

de San Juan, que deberá profundizar esfuerzos para alcanzar -con la celeridad que el caso amerita- aquellas soluciones más respetuosas de los derechos de los niños. Buenos Aires, 27 de octubre de 2020. *Víctor Ernesto Abramovich Cosarin.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de marzo de 2021.

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal y habiendo tomado intervención el señor Defensor General adjunto de la Nación, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado de Familia de Tercera Nominación de la Provincia de San Juan al que se le remitirán. Este tribunal deberá profundizar esfuerzos para alcanzar –con la celeridad que el caso amerita- aquellas soluciones más respetuosas de los derechos de los niños R. V. C. y N. J. C. Hágase saber al Juzgado de Familia n° 1 del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires.

Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

C., R. L. y Otro c/ CAJA de SEGURIDAD SOCIAL para ESCRIBANOS de la PROVINCIA de BUENOS AIRES s/ Amparo ley 16.986

RECURSO EXTRAORDINARIO

Las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al tiempo de su dictado, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario y que ello resulta aplicable también a las decisiones en los juicios de amparo.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El lamentable suceso del fallecimiento de la hija de los demandantes, cuyo derecho a la salud se procuró tutelar mediante el pleito, podría suscitar dudas respecto a la pertinencia de emitir un pronunciamiento útil pero la circunstancia de que en la causa se hubiera dictado y cumplido una medida cautelar que coincidía con el objeto del proceso, impone la necesidad de resolver sobre la controversia traída a conocimiento de la Corte.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Sin perjuicio de la naturaleza federal de algunas cuestiones planteadas por la recurrente, corresponde que la Corte trate en primer lugar los agravios que atañen a la arbitrariedad, dado que de existir esta no habría en rigor, sentencia propiamente dicha.

OBRAS SOCIALES

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que ordenó a la Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires la transferencia de una suma de dinero a fin de ser aplicada al pago de la intervención quirúrgica - realizada en un hospital fuera del país - que requería la niña en razón de la patología cardíaca que presentaba, pues aun cuando el reglamento de subsidios de la demandada (ley 6983 de la provincia de Buenos Aires) permite a los beneficiarios del sistema la libre elección de médicos y establecimientos de internación, sin perjuicio de los convenios prestacionales (arts. 19 del texto en su redacción actual y 26 del vigente al momento de los hechos), lo cierto es que el mismo ordenamiento dispone que los gastos de salud realizados por los afiliados en el exterior del país solo serán reconocidos como co-seguro del seguro médico que en forma obligatoria deberá tener el afiliado y con las condiciones y topes que establezca el Consejo Directivo (arts. 20 vigente y 33 de la versión anterior).

DERECHO A LA SALUD

Si bien se reconoce el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, en nues-

tro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia.

DERECHO A LA SALUD

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que ordenó a la Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires la transferencia de una suma de dinero a fin de ser aplicada al pago de la intervención quirúrgica – realizada en un hospital fuera del país - que requería la niña en razón de la patología cardíaca que presentaba, pues más allá del estrecho marco de conocimiento que ofrece la acción de amparo, no se ha demostrado que las limitaciones y prescripciones contenidas en el estatuto de la demandada y su conducta hayan importado un menoscabo o desnaturalización del derecho de la menor discapacitada.

DERECHO A LA SALUD

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que ordenó a la Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires la transferencia de una suma de dinero a fin de ser aplicada al pago de la intervención quirúrgica – realizada en un hospital fuera del país - que requería la niña en razón de la patología cardíaca que presentaba, pues ha quedado acreditado que la intervención requerida por la menor podía ser llevada a cabo en el país en establecimientos de afamada calidad médica, incluso a costos sustancialmente menores a los indicados por la entidad extranjera y con resultados similares a los descriptos internacionalmente.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de marzo de 2021.

Vistos los autos: “C., R. L. y otro c/ Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo ley 16.986”.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la decisión de la instancia anterior en cuanto había hecho lugar a la acción de amparo entablada por R.L.C. y R.M.G., en representación de su hija menor M.C., tendiente a que la Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires procediera a la inmediata transferencia electrónica bancaria de la suma de 117.614 dólares estadounidenses al *Boston Children´s Hospital* de Boston, Massachusetts, Estados Unidos de América, a fin de ser aplicada, única y exclusivamente al pago de la intervención quirúrgica que requería la niña en razón de la patología cardíaca que presentaba.

Para resolver de ese modo la alzada tuvo en cuenta que la menor, de 12 años de edad al momento del pronunciamiento y con certificado que acreditaba su discapacidad, se encontraba afiliada a la entidad demandada en virtud de que sus padres eran ambos titulares de registros notariales y que padecía de una cardiopatía congénita poco frecuente (síndrome de corazón izquierdo hipoplásico) que imponía que se le practicase una especial cirugía de alta complejidad. Asimismo, valoró la urgencia de la situación, el derecho fundamental a la salud consagrado en la Constitución Nacional y que el cardiólogo tratante de la niña la había derivado al referido nosocomio donde ya había sido intervenida con anterioridad (v. fs. 623/629).

2°) Que contra dicha decisión la demandada dedujo el recurso extraordinario obrante a fs. 630/650 en el que aduce la existencia de cuestión federal y sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad y de la gravedad institucional, impugna lo resuelto por cuanto sostiene que en ningún momento había actuado de manera ilegal o arbitraria en cuanto a los servicios de salud que debía brindarle a la afiliada sino que, por el contrario, ofreció la cobertura de la operación a través –dice– de los mejores establecimientos médicos del país. Expresa que no se encuentra obligada a cubrir prestaciones a practicarse en el extranjero. Aduce que en la causa existen constancias de que el Hospital Universitario Austral y el Hospital Italiano habían informado que estaban dispuestos a efectuar la cirugía en cuestión con un presupuesto sensiblemente menor al estipulado en la entidad foránea. Alega que el Hospital de Pediatría Prof. Dr. Juan P. Garrahan y la Fundación Favaloro también se hallaban en condiciones de realizar

la intervención. Manifiesta, a su vez, que no hay prueba de la supuesta "derivación" al *Boston Children's Hospital* por parte del médico cardiólogo tratante.

3°) Que el remedio federal fue concedido por el *a quo* en el entendimiento de que se encontraba en juego la interpretación de normas federales (v. fs. 666). No obstante, luego de ello, los progenitores de la niña informaron que esta había fallecido por insuficiencia cardíaca en el *Boston Children´s Hospital* después de una prolongada internación (v. fs. 671/674).

4°) Que reiteradamente se ha sostenido que las sentencias de esta Corte deben atender a las circunstancias existentes al tiempo de su dictado, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario y que ello resulta aplicable también a las decisiones en los juicios de amparo (Fallos: 327:5270; 330:5064 y 3069, entre otros). El lamentable suceso del fallecimiento de la hija de los demandantes, cuyo derecho a la salud se procuró tutelar mediante este pleito, podría suscitar dudas respecto a la pertinencia de emitir un pronunciamiento útil. Sin embargo, la circunstancia de que en la causa se hubiera dictado y cumplido una medida cautelar que coincidía con el objeto del proceso, impone la necesidad de resolver sobre la controversia traída a conocimiento del Tribunal.

5°) Que, como se ha reseñado en el considerando 3° de la presente, la recurrente ha fundado sus impugnaciones tanto en la existencia de cuestión federal como de arbitrariedad. Por ese motivo, sin perjuicio de la naturaleza federal de algunas cuestiones planteadas, corresponde que la Corte trate en primer lugar los agravios que atañen a la arbitrariedad, dado que de existir esta no habría en rigor, sentencia propiamente dicha (Fallos: 341:1106; 340:1252; 339:508 y 1520, entre otros).

6°) Que en autos no se encuentra controvertido el carácter de discapacitada que tenía la niña y de afiliada a la entidad asistencial demandada, su grave cardiopatía y la necesidad de que fuera intervenida quirúrgicamente de modo urgente. Tampoco se halla discutido que la prestadora de servicios de salud debía hacerse cargo de la cobertura de la cirugía. La apelante no ha resistido tal obligación, sino que solo cuestionó el establecimiento elegido para practicar la operación quirúrgica.

7°) Que en el expediente ha quedado acreditado que la intervención requerida por la menor podía ser llevada a cabo en el país en establecimientos de afamada calidad médica (Hospital de Pediatría Prof. Dr. Juan P. Garrahan, Hospital Italiano de Buenos Aires, Hospital Universitario Austral y la Fundación Favaloro) incluso a costos sustancialmente menores a los indicados por la entidad norteamericana y con resultados similares a los descriptos internacionalmente (v. fs. 516/519; 530/536; 558/565 y 569).

8°) Que frente a esas circunstancias, el hecho de que la niña ya hubiese sido atendida en el *Boston Children´s Hospital* no parecería ser suficiente justificativo de la elección realizada por los progenitores habida cuenta de que la constancia suscripta por el cardiólogo local obrante a fs. 200 –elemento destacado por el *a quo* para fundar su decisión- lejos de resultar una derivación, solo certifica el resumen de la historia clínica de la niña ante la posibilidad de realizar una consulta en el exterior del país.

9°) Que, aun cuando el reglamento de subsidios de la Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires (ley local 6983) permite a los beneficiarios del sistema la libre elección de médicos y establecimientos de internación, sin perjuicio de los convenios prestacionales (arts. 19 del texto en su redacción actual y 26 del vigente al momento de los hechos), lo cierto es que el mismo ordenamiento dispone que los gastos de salud realizados por los afiliados en el exterior del país solo serán reconocidos como co-seguro del seguro médico que en forma obligatoria deberá tener el afiliado y con las condiciones y topes que establezca el Consejo Directivo (arts. 20 vigente y 33 de la versión anterior).

10) Que es bien conocida la doctrina de esta Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, empero, también es doctrina del Tribunal que en nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 130:360; 172:21; 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 308:1631; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 316:188; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11, entre muchos otros).

11) Que sobre dicha base se han admitido limitaciones en las prestaciones a favor de las personas con discapacidad ("P., E. G. y otra c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno" (Fallos: 339:423); "V. I., R. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación" (Fallos: 340:1269); "D. G., C. E. c/ Obra Social del Poder Judicial", (Fallos: 340:1995), entre otros).

12) Que, por lo demás, más allá del estrecho marco de conocimiento que ofrece la acción de amparo, en autos no se ha demostrado que las limitaciones y prescripciones contenidas en el estatuto de la demandada y su conducta hayan importado un menoscabo o desnaturalización del derecho de la menor discapacitada.

Por ello, 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 y a las constancias de la causa. Costas en el orden causado en atención a la naturaleza de la controversia. Notifíquese y devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti.

Recurso extraordinario interpuesto por **la demandada, Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires**, representada por el **Dr. Hernán Martín Gorza**.

Traslado contestado por **R.L.C. y R.M.G., actores en autos**, representados por el **Dr. Pablo Gonzalo Rivas**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo n° 3 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires.**

DUHAU, VERÓNICA Y OTRO S/ INCIDENTE DE INCOMPETENCIA

CONFLICTO DE COMPETENCIA

Corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolver el conflicto de competencia trabado entre dos tribunales orales, uno nacional ordinario y el otro federal, esto con base en la sanción de la ley 26.371 que, por un lado, dispuso la creación de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional con competencia revisora respecto de las decisiones de los magistrados del fuero nacional ordinario en materia penal y, por otro lado, en forma consecuente, modificó la competencia revisora que antes tenía la Cámara Federal de Casación Penal –anteriormente denominada Cámara Nacional de Casación Penal-, la que quedó circunscripta respecto de las decisiones de los magistrados del fuero federal en materia penal (arts. 2° y 3°).

CONFLICTO DE COMPETENCIA

No puede mantenerse el criterio jurisprudencial según el cual la Corte entendía que la Cámara Federal de Casación Penal – anteriormente denominada Cámara Nacional de Casación Penal-, se encontraba habilitada para decidir cuestiones de competencia como las planteadas – conflicto entre dos tribunales orales, uno nacional ordinario y el otro federal -, pues la premisa que lo sustentaba se ha visto modificada sustancialmente por la ley 26.371, ya que no existe en la actualidad un tribunal superior común con competencia revisora que pueda entender en los asuntos sometidos a conocimiento de ambos órganos jurisdiccionales.

CONFLICTO DE COMPETENCIA

La autoridad del precedente debe ceder ante la comprobación de la inconveniencia de mantener una doctrina que –en el caso- se ha visto modificada con motivo del dictado de una norma legal que, al crear la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional como un nuevo órgano jurisdiccional con competencia para juzgar sobre cuestiones que antes estaban también en cabeza de la Cámara Federal de Casación Penal –anteriormente denominada Cámara Nacional de Casación Penal-, ha dejado sin sustento la consideración de que exista un órgano superior común.

CONFLICTO DE COMPETENCIA

Ante la inexistencia de un órgano jurisdiccional que, en razón de la competencia funcional revisora que se le reconocía, se admitía como habilitado para entender en estos planteos – conflicto entre dos tribunales orales, uno nacional ordinario y el otro federal - como a la ausencia de un órgano superior jerárquico común para dirimir la contienda, corresponde abandonar el criterio que venía receptándose para decidir estos conflictos de competencia y disponer que, de ahora en más, es la Corte Suprema el tribunal que deberá entender en estos asuntos, de conformidad con lo dispuesto por el art. 24, inciso 7°, primera parte, del decreto-ley 1285/58.

COMPETENCIA FEDERAL

La competencia federal es limitada, y de aplicación restrictiva.

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

CONFLICTO DE COMPETENCIA

Frente al conflicto negativo de competencia suscitado entre un tribunal oral nacional ordinario y uno federal y dado que los hechos hallarían en principio adecuación típica en el artículo 201 del Código Penal, de naturaleza común, y atento que el artículo 22 de la ley 16.463 -único que remite a las penalidades establecidas en el capítulo IV de dicho ordenamiento sustantivo- sólo se refiere a la adulteración de los productos comprendidos en esa legislación, y no a su tráfico, corresponde al tribunal oral en lo criminal conocer en las actuaciones.

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

CONFLICTO DE COMPETENCIA

Los conflictos de competencia entre jueces nacionales de primera instancia deben ser resueltos por la alzada del juez preventor y en tales contiendas la Corte no cumple rol alguno, salvo que su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia (Disidencia del juez Rosenkrantz que remite a su voto en disidencia en "José Mármol 824 (ocupantes de la finca)" (Fallos: 341:611)).

CONFLICTO DE COMPETENCIA

La contienda de competencia suscitada entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal y un Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción a raíz de un procedimiento policial debe ser dirimida por el tribunal de alzada correspondiente a aquel que haya prevenido (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco que remite a su voto en disidencia en "José Mármol 824 (ocupantes de la finca)" (Fallos: 341:611)).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

Sin perjuicio del criterio expuesto por esta Procuración General en el dictamen emitido el 15 de marzo de 2016 en la causa CFP 9688/2015/1/CA1-CS1, "José Mármol 824, ocupantes de la finca s/ incidencia de incompetencia", en virtud de la vista conferida en razón de lo resuelto por V.E. el 12 de junio del corriente año en el referido incidente, corresponde que me pronuncie en este conflicto negativo de competencia suscitado entre el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 26 de esta ciudad y el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 5, que tuvo lugar en la causa en la que se imputa a dos personas haber enajenado medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud (artículo 201 del Código Penal).

Los jueces nacionales declinaron su competencia a favor de sus pares federales, con base en que los hechos hallaban adecuación típica tanto en el artículo 201 del Código Penal, como en las previsiones de la ley 16.463, ésta última de competencia del fuero de excepción según el criterio de Fallos: 321:1434; 324:3940 y 327:5173 (fojas 12).

Los magistrados federales, por su parte, rechazaron esa asignación. Por un lado, consideraron que las normas en cuestión guardarían entre sí una relación de consunción y que, el delito común contra la seguridad pública agotaría todo el contenido material del comportamiento imputado. Por otro, entendieron que el tipo del artículo 22 de dicha legislación -que en todo caso otorgaría a los hechos carácter federal- sólo se referiría a los supuestos de adulteración de sustancias o medicinas (fojas 23/25).

Con la insistencia del tribunal en lo criminal, quedó formalmente trabada la contienda (fojas 27).

Ha sostenido V.E. que la competencia federal es limitada, y de aplicación restrictiva (Fallos: 321:1860; 323:872 y 2590).

Frente a ello, dado que los hechos hallarían en principio adecuación típica en el artículo 201 del Código Penal, de naturaleza común, y atento que el artículo 22 de la ley 16.463 -único que remite a las penalidades establecidas en el capítulo IV de dicho ordenamiento sustantivo- sólo se refiere a la adulteración de los productos comprendidos en esa legislación, y no a su tráfico, opino que corresponde al Tribunal Oral en lo Criminal nº 26, continuar conociendo en estas actuaciones (vid. Fallos: 327:719). Buenos Aires, 26 de noviembre de 2018. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de marzo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que la presente contienda negativa de competencia se suscitó entre el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 26 y el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5 para entender en la causa en la que se imputa a dos personas haber enajenado medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud (art. 201 del Código Penal); (conf. fs. 12, 23/25 y 27 del incidente respectivo).

El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 26 declinó su competencia a favor de la justicia de excepción con sustento en que los hechos hallaban adecuación típica tanto en el art. 201 del citado Código como en las disposiciones de la ley 16.463, esta última de competencia del fuero de excepción, según doctrina de la Corte Suprema que cita.

Por su parte, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5 rechazó la competencia asignada por entender que las normas en cuestión guardarían entre sí una relación de consunción y que el delito común contra la seguridad pública agotaría todo el contenido material del comportamiento imputado. De ahí que entendió que el art. 22 de la citada ley 16.463 -que otorgaría a los hechos carácter federal- solo se refería a los supuestos de adulteración de sustancias o medicinas.

Con la insistencia del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 26 quedó trabada formalmente la contienda de competencia.

2°) Que corresponde a esta Corte Suprema de Justicia de la Nación resolver el presente conflicto de competencia trabado entre dos tribunales orales, uno nacional ordinario y el otro federal. Esto con base en la sanción de la ley 26.371 que, por un lado, dispuso la creación de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional con competencia revisora respecto de las decisiones de los magistrados del fuero nacional ordinario en materia penal y, por otro lado, en forma consecuente, modificó la competencia revisora que antes tenía la Cámara Federal de Casación Penal –anteriormente denominada Cámara Nacional de Casación Penal-, la que quedó circunscripta respecto de las decisiones de los magistrados del fuero federal en materia penal (arts. 2° y 3°).

3°) Que con anterioridad a la sanción de la citada ley, la Corte Suprema entendía que, en supuestos como el aquí analizado, los órganos intervinientes tenían en la Cámara Federal de Casación Penal, entonces denominada Cámara Nacional de Casación Penal, un órgano superior jerárquico común -en los términos del art. 24, inciso 7° del decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14.467- habilitado para dirimir la controversia por constituir dicha Cámara una jurisdicción de revisión de sus resoluciones (confr. CSJ 400/2012 (48-C)/CS1 "Temes Coto, Valentín s/ denuncia", sentencia del 20 de noviembre de 2012; CSJ 863/2012 (48-C)/CS1 "Monges, Richard Adalberto s/ hurto de automotor o vehículo dejado en la vía pública", sentencia del 30 de abril de 2013; Fallos: 316:1524; 322:3268 y sus citas; entre muchos otros).

Sin embargo, frente a este nuevo escenario normativo, no puede mantenerse el criterio jurisprudencial según el cual esta Corte entendía que la Cámara Federal de Casación Penal –anteriormente denominada Cámara Nacional de Casación Penal-, se encontraba habilitada para decidir cuestiones de competencia como las aquí examinadas. Ello así desde que la premisa que lo sustentaba se ha visto modificada sustancialmente por la referida ley 26.371, ya que no existe en la actualidad un tribunal superior común con competencia revisora que pueda entender en los asuntos sometidos a conocimiento de ambos órganos jurisdiccionales.

La implementación de una política judicial congruente impone, en consecuencia, la necesidad de revisar el criterio adoptado hasta ahora

para decidir conflictos como los del *sub examine,* habida cuenta de que la autoridad del precedente debe ceder ante la comprobación de la inconveniencia de mantener una doctrina que –en el caso- se ha visto modificada con motivo del dictado de una norma legal que, al crear la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional como un nuevo órgano jurisdiccional con competencia para juzgar sobre cuestiones que antes estaban también en cabeza de la Cámara Federal de Casación Penal –anteriormente denominada Cámara Nacional de Casación Penal-, ha dejado sin sustento la consideración de que exista un órgano superior común.

La circunstancia de que cada órgano judicial que interviene en el conflicto reconozca un órgano superior jerárquico con competencias disímiles -respectivamente, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional y la Cámara Federal de Casación Penal- obsta a que pueda mantenerse en el estado actual la doctrina referida.

4°) Que aun cuando la necesidad de abandonar el criterio que regía en estos supuestos encuentra sustento suficiente en la sanción de la referida ley 26.371, no puede perderse de vista que la solución aquí adoptada es la que además permite guardar correspondencia con las implicancias normativas y conceptuales que se derivan de la doctrina sentada por esta Corte Suprema en la causa "Nisman" (Fallos: 339:1342 y sus citas), las que, ineludiblemente, han impactado y continúan impactando en el modo en que hasta entonces se resolvían distintos conflictos de competencia entre tribunales nacionales con competencia ordinaria y tribunales federales, así como en la revaloración de las doctrinas elaboradas en su consecuencia.

En tal sentido, y con posterioridad al citado fallo "Nisman", esta Corte Suprema ha resuelto diferentes situaciones en forma consecuente con esa nueva regla (confr. Fallos: 341:611 "José Mármol"; 341:764 "OS-Ostep"; 342:509 "Bazán"; 342:533 "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"; Competencia FSM 17076854/1986/CS1 "Banco de la Nación Argentina c/ Gorojovsky, Eduardo Adrián y otros s/ cobro de pesos/sumas de dinero", sentencia del 4 de junio de 2019; CCC 65897/2015/1/CS1 "Galarza, Leandro Gastón s/ encubrimiento (art. 277, inciso 1°)", sentencia del 17 de diciembre de 2019 y lo dispuesto en las acordadas 4 y 7 del año 2018).

En el citado precedente "Nisman", este Tribunal estableció que no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los tribunales federales que tuviesen asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicha conclusión encontró apoyo en lo decidido en Fallos: 338:1517 -voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda- donde se puso énfasis en el carácter nacional meramente transitorio de los tribunales ordinarios con asiento en la Capital Federal y en el reconocimiento constitucional de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129 de la Constitución Nacional), así como en la competencia ordinaria que ejercen sus tribunales.

5°) Que, en consecuencia, ante la inexistencia de un órgano jurisdiccional que, en razón de la competencia funcional revisora que se le reconocía, se admitía como habilitado para entender en estos planteos, como a la ausencia de un órgano superior jerárquico común para dirimir la contienda, corresponde abandonar el criterio que venía receptándose para decidir estos conflictos de competencia y disponer que, de ahora en más, es la Corte Suprema el tribunal que deberá entender en estos asuntos, de conformidad con lo dispuesto por el art. 24, inciso 7°, primera parte, del decreto-ley 1285/58.

Sentado ello, este Tribunal comparte las consideraciones formuladas en el dictamen de la Procuración General de la Nación, con excepción del primer párrafo, a las que corresponde remitir por razón de brevedad a fin de no incurrir en repeticiones innecesarias (fs. 34/34 vta.).

Por ello, concordemente con lo dictaminado por el Procurador General de la Nación interino, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones en las que se originó el presente incidente el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 26, al que se remitirá. Hágase saber al Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5.

Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia)– Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia)– Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que al caso resulta aplicable, en lo pertinente, lo resuelto en la Competencia "José Mármol 824 (ocupantes de la finca)" (Fallos: 341:611) voto en disidencia del juez Rosenkrantz, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello y oído el señor Procurador General de la Nación interino, se declara que deberá enviarse el presente incidente a la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, a sus efectos. Hágase saber al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 26 y al Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5. El citado precedente podrá ser consultado en la página web del Tribunal www.csjn.gov.ar.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

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

Considerando:

Que al caso resulta aplicable, en lo pertinente, lo resuelto en la Competencia "José Mármol 824 (ocupantes de la finca)" (Fallos: 341:611) voto en disidencia de la jueza Highton de Nolasco, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello y oído el señor Procurador General de la Nación interino, se declara que deberá enviarse el presente incidente a la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, a sus efectos. Hágase saber al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccio-

nal n° 26 y al Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5. El citado precedente podrá ser consultado en la página web del Tribunal www.csjn.gov.ar.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

MIHURA ESTRADA, RICARDO Y OTROS C/ COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL S/ AMPARO LEY 16.986

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas federales -decreto 1172/03, arts. 14, 16, 32 Y 33, Constitución Nacional, art. 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

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

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

El derecho de acceso a la información resulta fundamental en toda sociedad democrática y tiene una doble vertiente: como derecho individual de toda persona a buscar información y como obligación positiva del Estado de garantizar que se pueda acceder a la información solicitada o que, en su defecto, se reciba una respuesta fundamentada cuando exista una restricción legítima.

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

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

En materia de acceso a la información pública la legitimación activa es amplia, la información solicitada debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal.

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

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

Para que los Estados cumplan con su obligación general de adecuar su ordenamiento interno con la Convención Americana, no solo deben garantizar el derecho de acceso a la información en el ámbito puramente administrativo o de instituciones ligadas al Poder Ejecutivo, sino a todos los órganos del poder público y dicha amplitud supone incluir como sujetos obligados no solamente a los órganos públicos estatales, en todas sus ramas y niveles, locales o nacionales, sino también a empresas del Estado, hospitales, las instituciones privadas o de otra índole que actúan con capacidad estatal o ejercen funciones públicas.

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

COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL

El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal es una persona jurídica de derecho público no estatal que ejerce funciones delegadas por el Estado; en efecto, gestiona intereses públicos en materia de control del ejercicio de la profesión de abogado, gobierno de la matrícula y poder disciplinario sobre sus matriculados en el ámbito de la Capital Federal (arts. 17 y 20, incs. a y b, ley 23.187).

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

COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL

La interacción entre el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y el Estado se desprende, además, de otras finalidades generales reconocidas por el legislador; por ejemplo, contribuir al mejoramiento de la administración de justicia o colaborar con los poderes públicos en la elaboración de la legislación en general (art. 20, incs. e y h, ley 23.187); esa interacción luce más evidente aun a poco que se repara en que dicha entidad cuenta con representantes permanentes en el Consejo de

la Magistratura de la Nación y en el Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados (arts. 2 y 22, ley 24.937 y sus modificatorias), órganos constitucionales de indudable naturaleza estatal y fines públicos (arts. 114 y 115, Constitución Nacional).

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

COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL

La información contable y presupuestaria del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal reviste un carácter eminentemente público, no sólo por ser materia inherente al control del gobierno de la entidad, sino también porque los recursos de dicho colegio profesional se conforman sustancialmente con aportes obligatorios fijados por ley y que deben ser integrados por la totalidad de los profesionales matriculados (art. 51, ley 23.187).

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

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

Es procedente la acción de amparo interpuesta por abogados en su carácter de matriculados y delegados titulares de la Asamblea de Delegados contra el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal a fin que se ordene a este último a brindar información sobre balances contables y presupuesto, en tanto media una directa vinculación entre el acceso a la información y el resguardo de la transparencia y la publicidad de la gestión de los asuntos públicos, lo que resulta aplicable a un entidad que administra fondos que resultan de aportes compulsivos fijados por la ley, lo cual ve reforzado por el principio de máxima divulgación que rige en la materia, según el cual toda información en poder de autoridades públicas debe presumirse accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones legales.

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

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA

Los integrantes del órgano colegiado de gobierno del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal tienen derecho a que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal les brinde la información

solicitada – balances contables y presupuesto – en forma completa e integral, en tanto deben analizar -aprobar o rechazar- los balances y presupuestos anuales de la institución y éste tiene el deber de brindarla en atención a lo dispuesto por las normas constitucionales que garantizan el derecho de acceso de la información pública y por el decreto 1172/03, máxime cuando no se ha acreditado la existencia de alguna excepción legal.

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

COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL

El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal es una entidad que funciona con el carácter, derechos y obligaciones de las personas de derecho público, cumpliendo un cometido administrativo para el que lo habilita su ley de creación, actuar que se rige por la ley 23.187 y supletoriamente por la ley 19.549 -que rige con carácter general los procedimientos administrativos ante la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada- (Voto del juez Rosenkrantz).

COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL

El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal no es una asociación (art. 14, Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y, que este por delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia (Voto del juez Rosenkrantz).

COLEGIO PUBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL

La jurisprudencia de la Corte ha determinado la naturaleza pública del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y ello exige, entonces, la publicidad de sus estados contables (Voto del juez Rosenkrantz).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia del juez de primera instancia que había declarado abstracta la cuestión debatida en la presente causa, y resolvió hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por el señor Ricardo Mihura Estrada y otros -en su carácter de abogados matriculados y delegados titulares de la Asamblea de Delegados del mencionado colegio profesional-contra el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, ordenando a este último que brinde a los actores la información solicitada relativa al balance contable del período 2013/2014 y al presupuesto del ejercicio 2015/2016 (fs. 277/281 vta.).

En primer lugar, la cámara sostuvo que la existencia de causa o controversia se mantiene en actualidad, en la medida en que el requerimiento de acceso a la información formulado por los actores se encuentra insatisfecho, y que deben diferenciarse el acceso a la información requerido y las circunstancias fácticas en las cuales el pedido se exteriorizó.

En segundo lugar, señaló que la solicitud de información se encuentra dirigida contra una entidad que cumple fines públicos relativos al gobierno de la matrícula y al control del ejercicio de la profesión. Agregó que esas facultades que pertenecen al Estado fueron delegadas por ley a ese organismo.

Expuso la doctrina sentada por la Corte Suprema en los fallos "Asociación por los Derechos Civiles c/ EN- PAMI" (Fallos: 335:2393) y "CIPPEC c/ EN- Mº Desarrollo Social" (Fallos: 337:256). Sobre esa base, destacó la relevancia del acceso a la información pública en aras de que las personas conozcan la manera en que se desempeñan los gobernantes y los funcionarios públicos. Apuntó que en una sociedad democrática las autoridades estatales se rigen por un criterio de máxima divulgación, según el cual toda información se presume accesible y hay un sistema restringido de excepciones. Afirmó que toda persona tiene derecho a solicitar información, sin necesidad de que acredite un interés particular en esa información.

Finalmente, en consonancia con el dictamen fiscal, consideró que los ciudadanos y quienes participan de la vida política interna del colegio profesional demandado tienen derecho a acceder a la información

sobre sus actividades, de modo tal de garantizar la participación y el control democrático, máxime cuando no se alegó la concurrencia de alguna excepción.

-II-

Disconforme con ese pronunciamiento, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal interpuso recurso extraordinario federal (fs. 308/318), que fue concedido por la cuestión federal invocada y rechazado por la arbitrariedad atribuida a la resolución (fs. 329), sin que existan constancias de la presentación de queja.

La recurrente invoca la existencia de cuestión federal a partir de la interpretación de las normas en juego. Al respecto, afirma que el tribunal *a quo* ha realizado una lectura equivocada del decreto 1172/03 y de la jurisprudencia de la Corte Suprema. En este sentido, entiende que las disposiciones del referido decreto no resultan aplicables, en principio, al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, puesto que no figura expresamente entre los sujetos obligados por dicha normativa, ni se lo puede considerar implícitamente incluido, dado que no forma parte del Estado Nacional, no depende del Poder Ejecutivo Nacional y no recibe fondos públicos en forma directa o indirecta.

Por otra parte, sostiene que la cámara interpreta erróneamente el alcance de los fines públicos que, según la ley 23.187, cumple dicho colegio profesional. Considera que esos fines públicos se refieren únicamente al gobierno de la matrícula y al régimen disciplinario de todos los abogados. de la Capital Federal y que, en consecuencia, las únicas disposiciones del decreto 1172/03 que, por excepción, le resultan aplicables son aquellas que se vinculan a tales fines. De ello se desprende, según la recurrente, que solamente se encuentra obligada a hacer pública la información vinculada con los datos de los matriculados y las sanciones disciplinarias.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas federales -decreto 1172/03, arts. 14, 16, 32 y 33, Constitución Nacional, art. 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos- (Fallos: 335:2393, "ADC" Y 337:256, "CIPPEC c/ EN-Mº Desarrollo Social") y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

-IV-

En el *sub lite* corresponde determinar si el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal se halla obligado a brindar a los actores -en su carácter de abogados matriculados y delegados titulares de la Asamblea de Delegados del mencionado colegio profesional- la información contable y presupuestaria solicitada en atención a lo dispuesto por el decreto 1172/03 y las normas constitucionales que garantizan el acceso a la información pública.

En el caso "Asociación por los Derechos Civiles c/ EN- PAMI" (Fallos: 335:2393, "ADC") la Corte Suprema decidió que una institución pública no estatal -el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI)- se hallaba obligada a brindar datos sobre su publicidad oficial en aras de garantizar el derecho de acceso a la información pública.

Allí recordó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desprendido el derecho de acceso a la información del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrados en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Subrayó también, invocando la doctrina sentada por el tribunal interamericano en el caso "Claude Reyes y otros vs. Chile" (sentencia del 19 de septiembre de 2006, párr. 77), la idea de que el derecho de acceso a la información resulta fundamental en toda sociedad democrática y tiene una doble vertiente: como derecho individual de toda persona a buscar información y como obligación positiva del Estado de garantizar que se pueda acceder a la información solicitada o que, en su defecto, se reciba una respuesta fundamentada cuando exista una restricción legítima. Asimismo, señaló que la información solicitada debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, es decir, que en materia de acceso a la información pública la legitimación activa es amplia;

En cuanto a los sujetos obligados a brindar información pública, la Corte Suprema dijo que "para que los Estados cumplan con su obligación general de adecuar su ordenamiento interno con la Convención Americana en este sentido, no solo deben garantizar este derecho en el ámbito puramente administrativo o de instituciones ligadas al Poder Ejecutivo, sino a todos los órganos del poder público […] Dicha amplitud supone incluir como sujetos obligados no solamente a los órganos públicos estatales, en todas sus ramas y niveles, locales o nacionales, sino también a empresas del Estado, hospitales, las instituciones pri-

vadas o de otra índole que actúan con capacidad estatal o ejercen funciones públicas" (considerando 10º).

Precisó que "...que aun cuando el recurrente no posea naturaleza estatal, dadas sus especiales características y los importantes y trascendentes intereses públicos involucrados, la negativa a brindar la información requerida constituye un acto arbitrario e ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática e implica, en consecuencia, una acción que recorta en forma severa derechos que son reservados (...) a cualquier ciudadano, en tanto se trate de datos de indudable interés público y que hagan a la transparencia y a la publicidad de gestión de gobierno, pilares fundamentales de una sociedad que se precie de ser democrática" (considerando 7º). Y concluyó que "el objeto del reclamo trata de la solicitud de una información pública a una institución que gestiona intereses públicos y que detenta una función delegada del Estado, siendo indiscutible la interacción entre el ente demandado y la administración estatal (confr. dictamen fiscal de fs. 92/97). Por lo que, con ese alcance, la asociación actora posee el derecho a que le brinden la información solicitada en forma completa y la demandada tiene la obligación de brindarlo, siempre que no demuestre -circunstancia que no se ha dado en la especie- que le cabe alguna restricción legal" (considerando 13º).

En ese marco jurídico, cabe destacar que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal es una persona jurídica de derecho público no estatal que ejerce funciones delegadas por el Estado. En efecto, gestiona intereses públicos en materia de control del ejercicio de la profesión de abogado, gobierno de la matrícula y poder disciplinario sobre sus matriculados en- el ámbito de la Capital Federal (arts. 17 y 20, incs. *a* y *b*, ley 23.187).

La interacción entre el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y el Estado se desprende, además, de otras finalidades generales reconocidas por el legislador; por ejemplo, contribuir al mejoramiento de la administración de justicia o colaborar con los poderes públicos en la elaboración de la legislación en general (art. 20, incs. *e* y *h*, ley 23.187). Esa interacción luce más evidente aun a poco que se repara en que dicha entidad cuenta con representantes permanentes en el Consejo de la Magistratura de la Nación y en el Jurado de Enjuiciamiento de los Magistrados (arts. 2 y 22, ley 24.937 y sus modificatorias), órganos constitucionales de indudable naturaleza estatal y fines públicos (arts. 114 y 115, Constitución Nacional).

Con respecto a la naturaleza de la información requerida, cabe destacar que la información contable y presupuestaria del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal reviste un carácter eminentemente público, no sólo por ser materia inherente al control del gobierno de la entidad, sino también porque los recursos de dicho colegio profesional se conforman sustancialmente con aportes obligatorios fijados por ley y que deben ser integrados por la totalidad de los profesionales matriculados (art. 51, ley 23.187).

En este punto corresponde señalar que media una directa vinculación entre el acceso a la información y el resguardo de la transparencia y la publicidad de la gestión de los asuntos públicos, lo que resulta aplicable a un entidad que administra fondos que resultan de aportes compulsivos fijados por la ley. Ello además se ve reforzado por el principio de máxima divulgación que rige en la materia, según el cual toda información en poder de autoridades públicas debe presumirse accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones legales (Fallos: 335:2393, "ADC").

Finalmente, en lo que respecta a la legitimación activa, ésta ha sido interpretada con un alcance amplio que no requiere acreditar un interés calificado del demandante (Fallos: 335:2393, "ADC"; 337:256, "CIPPEC"; 339:827, "Garrido", y dictamen de esta Procuración General de la Nación en este último caso, 19 de agosto de 2015). De allí resulta razonable considerar que tienen legitimación los integrantes del órgano colegiado de gobierno del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que debe analizar -aprobar o rechazar- los balances y presupuestos anuales de la institución, y que, de ese modo, invocan un interés concreto y directo en contar con la información necesaria para llevar a cabo esa evaluación.

En este orden de ideas, cabe concluir que los actores tienen derecho a que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal les brinde la información solicitada en forma completa e integral y que éste tiene el deber de brindarla en atención a lo dispuesto por las normas constitucionales que garantizan el derecho de acceso de la información pública y por el decreto 1172/03, máxime cuando no se ha acreditado la existencia de alguna excepción legal.

Finalmente, cabe señalar que la solución que propicio es consistente con la Ley 27.275 de Acceso a la Información Pública (B.O. 29 de septiembre de 2016), en especial lo normado en su artículo 7, inciso l.

Por todo lo expuesto, opino que corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 22 de noviembre de 2017. *Víctor Abramovich.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Mihura Estrada, Ricardo y otros c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo ley 16.986".

Considerando:

Que esta Corte comparte las consideraciones del dictamen del señor Procurador Fiscal de la Nación, a cuyos términos cabe remitir en razón de brevedad (doctrina de Fallos: 335:2393).

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz (según su voto)– Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Voto del Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz

Considerando:

Que esta Corte comparte las consideraciones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos cabe remitir por razones de brevedad (Fallos: 335:2393).

La naturaleza pública del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal ha sido afirmada por esta Corte en diversos precedentes (Fallos: 308:987, "Ferrari", y 315:1830, "Colegio Público de Abogados de Capital Federal"). En particular, en el segundo de los precedentes citados, esta Corte afirmó que la entidad funciona con el carácter, derechos y obligaciones de las personas de derecho público, cum-

pliendo un cometido administrativo para el que lo habilita su ley de creación, actuar que se rige por la ley 23.187 y supletoriamente por la ley 19.549 —que rige con carácter general los procedimientos administrativos ante la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada—. Por otro lado, agregó que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal no es una asociación (art. 14, Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y, que este por delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados de la Capital Federal, como auxiliares de la administración de justicia.

La jurisprudencia de esta Corte que ha determinado la naturaleza pública del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal exige, entonces, la publicidad de sus estados contables.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia recurrida. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso extraordinario interpuesto por **Jorge Gabriel Rizzo, en su carácter de Presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, parte demandada**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Juan Pablo Echevarría y Darío Ángel Russo.**

Traslado contestado por los **Dres. Ricardo Mihura Estrada y Pedro Pablo Pusineri, parte actora, letrados en causa propia.**

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.**

PORTA HNOS. S.A. c/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema la impugnación constitucional de las leyes 11.490 y 11.518 de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto exigen para eximir del impuesto sobre los ingresos brutos, que el establecimiento industrial en el cual la eventual beneficiaria realiza su actividad esté ubicado en jurisdicción provincial, pues la impugnación de los textos locales se funda directamente en la Constitución Nacional.

-Del precedente "Orbis Mertig San Luis SAIC" (Fallos: 329:3980) al que la Corte remite-

MEDIDA CAUTELAR

Las medidas cautelares como la requerida - cautelar innovativa tendiente a que se le permita a la empresa actora tributar la misma alícuota de ingresos brutos para quienes tienen su establecimiento en la Provincia de Buenos Aires y no una más gravosa y asimismo se ordene a la provincia demandada abstenerse de reclamar y/o ejecutar la diferencia del impuesto- no proceden en principio, respecto de actos administrativos o legislativos, habida cuenta de la presunción de validez que ostentan.

MEDIDA CAUTELAR

Todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria debe acreditar prima facie la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifiquen resoluciones de esa naturaleza.

MEDIDA CAUTELAR

Es improcedente la medida cautelar innovativa tendiente a que se le permita a la empresa actora tributar la misma alícuota de ingre-

sos brutos para quienes tienen su establecimiento en la Provincia de Buenos Aires y no una más gravosa y asimismo se ordene a la provincia demandada abstenerse de reclamar y/o ejecutar la diferencia del impuesto, pues los elementos y antecedentes de la causa no permiten tener por configurados los presupuestos de admisibilidad de la cautela requerida, en particular, en lo que atañe al peligro irreparable en la demora, en tanto la accionada no ha iniciado, por el momento, procedimiento de verificación alguno tendiente a determinar la existencia de una deuda por IIBB con sustento en el lugar de radicación del establecimiento productivo de la sociedad actora por los ejercicios fiscales involucrados.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de marzo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 41/71 Porta Hnos. S.A. promueve la presente acción declarativa de certeza en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre que conlleva la aplicación de una diferencia de alícuota más gravosa en la determinación del impuesto sobre los ingresos brutos, respecto de la actividad que desarrolla en los términos del art. 20, inc. c), de la ley provincial 14.880 (t.o. 2017), únicamente con el fundamento en que no posee establecimiento productivo en la jurisdicción demandada.

Sostiene que tal diferencia resulta violatoria de los artículos 8, 9, 10, 11, 16, 28, 31, 75, incs. 1, 10 y 13, y 126 de la Constitución Nacional.

Entiende que el peligro de sufrir un perjuicio es actual y concreto, y que resulta evidente la postura de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires, en torno a la liquidación e ingreso del IIBB, al establecer la norma local cuestionada alícuotas más gravosas que las previstas para los contribuyentes que posean establecimiento industrial en la provincia demandada.

Señala que es la propia ley impositiva la que determina de modo expreso un trato diferenciado entre contribuyentes que llevan a cabo

la misma actividad, por el solo hecho de poseer o no establecimiento o local industrial en el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

Indica que al momento de iniciar la demanda ingresaba el mencionado tributo aplicando la alícuota más gravosa –esto es, el 4% dispuesto en el art. 20, inc. c), de la ley provincial 14.880 (t.o. 2017)- por no hallarse su industria en la jurisdicción local accionada, cuando –según su opinión- todos los establecimientos industriales deberían tributar el IIBB mediante la aplicación de la alícuota general, sin importar su lugar de radicación –es decir, el 1,75% establecido por el art. 26, del referido código fiscal-.

Sobre este aspecto, resalta que ARBA se encuentra autorizada a intimar de manera inmediata frente al supuesto en que el contribuyente aplique una alícuota que no se corresponda con lo normado por la ley impositiva.

Concluye que no existe otro medio judicial más idóneo a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre que le genera el tratamiento impositivo diferencial descripto en función de la actividad que desarrolla en la Provincia de Buenos Aires y que la normativa provincial reseñada resulta manifiestamente inconstitucional y, por lo tanto, le causa un perjuicio actual e inminente.

En razón de lo expuesto, peticiona al Tribunal que determine que no es ajustado a derecho y a la Constitución Nacional que se obligue a la sociedad actora a tributar el IIBB bajo una alícuota más gravosa por carecer de establecimiento productivo en la provincia demandada.

Por otra parte, describe las actividades industriales que desarrolla en la jurisdicción provincial y, en lo que aquí interesa, explica que declara y tributa el IIBB bajo los códigos 1549 “Elaboración de productos alimenticios” y 1554 “Elaboración de jugos envasados y otras bebidas no alcohólicas”.

Finalmente, solicita el dictado de una medida cautelar de no innovar a los efectos de que se le permita tributar a la alícuota prevista para quienes sí tienen su establecimiento en la Provincia de Buenos Aires y se ordene a la demandada abstenerse de: i) reclamar y/o ejecutar la diferencia del impuesto resultante de aplicar durante el período 2017 las alícuotas diferenciales más gravosas; ii) de reclamar y/o ejecutar intereses, accesorios, recargos y multas, una vez aplicada la

alícuota más gravosa; iii) de negar certificados de no retención/percepción y/o se apliquen alícuotas de retención y/o percepción que no generen saldos a favor; iv) de trabar cualquier medida cautelar o administrativa sobre su patrimonio; y v) de considerar y catalogar a la sociedad actora como contribuyente de alto riesgo fiscal, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la presente causa.

Asimismo, para el caso de que se hiciera lugar a la pretensión cautelar, requiere que con su dictado se evite que el impuesto en cuestión continúe ingresando al fisco local como consecuencia de la actuación de los agentes de recaudación.

2°) Que, en forma previa a que el Tribunal se pronuncie acerca de su competencia para entender en el caso por vía de su instancia originaria y en relación con la medida cautelar solicitada, a fs. 75, se requirió a la parte actora que se expidiera acerca de la incidencia de las leyes 14.983 y 15.017 de la Provincia de Buenos Aires en el planteo efectuado en este proceso.

A fs. 76/77, la demandante respondió que, si bien la provincia accionada adhirió al Consenso Fiscal suscripto el 16 de noviembre de 2017 (conf. ley provincial 15.017) y, en consecuencia, modificó a partir del 2018 el tratamiento diferencial que motivó la presente demanda (conf. ley provincial 14.983), ésta refiere a posiciones previas a ese año, motivo por el cual la cuestión debatida en autos no ha devenido abstracta "en tanto el efecto de la modificación es a futuro desde su sanción y no por el pasado".

En ese sentido, afirmó que las leyes 14.983 y 15.017 no tienen incidencia alguna en el planteo efectuado en estas actuaciones, al no haberse modificado las leyes impositivas de ejercicios fiscales pasados ni instruido a ARBA a que no persiga el cobro del tributo por los períodos previos al ejercicio fiscal 2018, en caso de que se verificase el supuesto de alícuotas diferenciales más gravosas en el IIBB con motivo del lugar de radicación del contribuyente.

En cuanto a la medida cautelar, insistió que resulta necesario su dictado en lo que respecta a las posiciones enero a diciembre de 2017, dado que durante dicho período las alícuotas diferenciales se encontraban vigentes, por lo que el fisco provincial se encuentra en condiciones de exigir el cobro compulsivo de las diferencias.

3°) Que, a fs. 79, se requirió a la Provincia de Buenos Aires que informara a este Tribunal sobre la existencia de algún reclamo, procedimiento o acto de cualquier tipo, vinculado al cobro por diferencias de alícuotas del impuesto a los ingresos brutos, basadas en el lugar de radicación del establecimiento productivo de la contribuyente, por los períodos fiscales transcurridos desde enero de 2017 hasta la entrada en vigencia de la ley 14.983.

A fs. 177 y vta., como respuesta al requerimiento precedente, la parte demandada acompañó copia certificada del expediente administrativo nº 5100-68.517/2019, mediante el cual ARBA informó, respecto de Porta Hnos. S.A., que: a) no existen antecedentes de la generación de casos de fiscalización individualizada como contribuyente del IIBB correspondiente a los ejercicios fiscales 2016/2017 y b) no tiene previsto en la selección de casos la generación de un procedimiento a la empresa de marras cuyo motivo se deba exclusivamente al señalado. En las mencionadas actuaciones el fisco local también efectuó un detalle de lo declarado por la actora como base imponible, alícuota e impuesto determinado por las actividades NAIIB 1554 y 1549, durante los ejercicios fiscales 2016 y 2017.

De acuerdo a lo informado por el ente recaudador, la provincia accionada señaló que no se había iniciado ningún procedimiento de verificación y que no es política de esa agencia instar dicho procedimiento tendiente a determinar deuda originada exclusivamente en declaración de alícuotas.

Por esta razón, sostuvo que en el caso *sub examine* no se constataría la existencia de un acto orientado a la estimación o percepción de las obligaciones tributarias del contribuyente en relación con las alícuotas diferenciales del IIBB, basadas en el lugar de radicación de su establecimiento productivo, por los ejercicios fiscales 2016 y 2017.

4°) Que, ante la respuesta dada por la Provincia de Buenos Aires, la parte actora considera, en lo que aquí interesa, que lo informado por ARBA es ambiguo dado que no descartó determinar obligaciones vinculadas con “alícuotas diferenciales” en el marco de inspecciones con objeto más amplio, por lo que –según su entender- el fisco local no se ha inhibido definitivamente de realizar futuros reclamos por diferencias de alícuotas en el IIBB sobre la base del lugar de radicación de la sociedad demandante.

5°) Que, por último, en virtud de las facultades conferidas por el artículo 36, inciso 4°, apartado a), del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se celebraron las audiencias fijadas para el 5 de diciembre de 2019 y el 2 de marzo del año 2020. En la segunda audiencia, las partes manifestaron que no era posible arribar a un acuerdo. Ello no obstante, la parte demandada adujo que la actual administración provincial mantenía el criterio fiscal plasmado en la respuesta al requerimiento formulado por el Tribunal en estos autos (ver acta de fs. 184).

6°) Que la presente causa corresponde a la competencia originaria del Tribunal, de conformidad con lo decidido en el precedente publicado en Fallos: 329:3890 y en las causas CSJ 230/2011 (47-E)/CS1 "ENOD S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" y CSJ 47/2012 (48- A)/CS1 "Aluar Aluminio Argentino S.A.I.C. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencias del 22 y 28 de agosto de 2012, sustancialmente análogas, entre otras, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad y con el propósito de evitar reiteraciones innecesarias.

7°) Que, sin perjuicio de ello, es preciso señalar que, por las razones expuestas en los considerandos precedentes, el objeto del pleito ha quedado circunscrito a las posiciones anteriores a diciembre de 2017 inclusive, dado que sólo en esos períodos la actora pudo haber aplicado la alícuota menor que preveía la ley 14.880 entonces vigente, para los contribuyentes radicados en el territorio provincial (cfr. fs 77 vta).

8°) Que, sentado lo anterior, cabe recordar que este Tribunal ha establecido reiteradamente 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 muchos otros).

9°) Que, por otro lado, todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria debe acreditar *prima facie* la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifiquen resoluciones de esa naturaleza (Fallos: 323:337 y 1849, entre muchos otros).

El examen de la concurrencia del segundo requisito mencionado exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que llegaron a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego por la sentencia definitiva (Fallos: 319:1277). En este sentido se ha destacado 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: 318:30; 325:388).

10) Que en el limitado marco de conocimiento que ofrece el examen de una medida como la requerida en el *sub examine*, el Tribunal considera que los elementos y antecedentes considerados hasta el momento no permiten tener por configurados los aludidos presupuestos de admisibilidad de la cautela requerida, en particular, en lo que atañe al peligro irreparable en la demora.

En efecto, a tenor de lo informado por ARBA en la copia certificada del expediente administrativo nº 5100-68.517/2019 y de la respuesta brindada por la Provincia de Buenos Aires al requerimiento del Tribunal (fs. 177 y vta.), la accionada no ha iniciado, por el momento, procedimiento de verificación alguno tendiente a determinar la existencia de una deuda por IIBB con sustento en el lugar de radicación del establecimiento productivo de la sociedad demandante, por los ejercicios fiscales aquí involucrados.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional. II. Correr traslado de la demanda interpuesta contra la Provincia de Buenos Aires que se sustanciará por la vía del proceso ordinario, por el plazo de sesenta días (arts. 338 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Para su comunicación al señor Gobernador y al señor Fiscal de Estado, líbrese oficio al señor juez federal en turno de la ciudad de La Plata. III. Rechazar la medida cautelar requerida. Notifíquese Y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Parte actora: Porta Hnos. S.A., representada por la doctora Cynthia Paula Calligaro.

Parte demandada: Provincia de Buenos Aires, representada por la Dra.María Florencia Quiñoa.

KALINEC, EDUARDO EMILIO s/ Infracción agravada de los funcionarios públicos

RECUSACION

Las recusaciones introducidas por las partes, que son manifiestamente inadmisibles, deben ser desestimadas de plano.

RECUSACION

Es inadmisible el planteo de recusación, si ninguna de las situaciones invocadas quedan comprendidas en los enunciados descriptivos que contempla el art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para sostener las diversas causales de recusación, pues las partes no pueden crear a su voluntad y artificialmente una situación que, aparentemente, encuadre en una causal de apartamiento.

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

El art. 3° de la ley 27.362 expresa un razonable ejercicio de la potestad interpretativa auténtica del Congreso de la Nación, motivo por el cual, entre otros fundamentos, no resulta aplicable al recurrente el cómputo especial (2x1) de la prisión preventiva previsto en el derogado artículo 7° de la ley 24.390 (Voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosatti que remiten a su voto concurrente en el precedente “Hidalgo Garzón” (Fallos: 341:1768)).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Cabe coincidir con el legislador-intérprete en punto a que la gravedad de las conductas criminales tipificadas como "delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional" (con la caracterización que surge de los arts. 6°, 7° y 8° del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, según la remisión del art. 1° de la ley 27.156, al que reenvía el art. 1° de la ley 27.362) constituye fundamento suficiente para sustentar la imposibilidad de aplicar a sus autores la ultractividad del beneficio del "2x1" en el cómputo que fuera solicitado por la defensa (Voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosatti que remiten a su voto concurrente en el precedente "Hidalgo Garzón" (Fallos: 341:1768)).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Corresponde rechazar el planteo formulado por la defensa para la aplicación del cómputo privilegiado de detención establecido en el artículo 7° de la ley 24.390, posteriormente derogado por la ley 25.430 si la detención preventiva del defendido no se materializó durante la vigencia del artículo 7° de la ley 24.390 sino, antes bien, varios años después de su derogación (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti que remiten a su voto concurrente en el precedente "Hidalgo Garzón" (Fallos: 341:1768)).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Lo establecido en la ley 27.362, sancionada por el legislador con posterioridad al dictado de la sentencia apelada, coincide, en cuanto a sus efectos, con el alcance asignado al ámbito de aplicación del artículo 7° de la ley 24.390 en el voto de la minoría en la causa "Muiña" (Fallos: 340:549). Por consiguiente, el planteo del recurrente, por el que solicita que la referida norma no se aplique respecto a su asistido, al tacharla de lesiva del principio de legalidad y de la garantía de retroactividad de la ley penal más benigna, resulta inadmisible por carecer de relación directa e inmediata con la solución a adoptar en el caso. Ello así, desde que el esclarecimiento y solución de la cuestión referida a la validez de la aplicación de la referida norma en el sub examine no es indispensable ni conducente para la decisión del litigio, que puede ser fundadamente fallado sin resolver aquella (Voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti que remiten a su voto concurrente en el precedente "Hidalgo Garzón" (Fallos: 341:1768)).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

La ley 27.362 no aclara el sentido de la norma que pretendía interpretar, sino que por el contrario, de su simple lectura se deduce que en realidad buscó establecer una solución a la que no podría haberse llegado jamás respetando el tenor literal del artículo 7° de la ley 24.390 (Disidencia parcial del juez Rosenkrantz que remite a su voto en disidencia en el precedente "Hidalgo Garzón" (Fallos: 341:1768)).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

El tenor literal de la ley 24.390 es claro y no excluye de su alcance a los delitos de lesa humanidad (Disidencia parcial del juez Rosenkrantz que remite a su voto en disidencia en el precedente "Hidalgo Garzón" (Fallos: 341:1768)).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Cabe concluir que la ley 27.362 no es un intento genuino de aclarar una duda o algún concepto equívoco sino una manera de dar respuesta a una reacción social provocada por una decisión de la Corte. El intento de dar respuesta legislativa a una extendida reacción social a un fallo de esta Corte resulta comprensible, dada la función de todo poder legislativo de ser sensible a las convicciones y preferencias de sus representados; más ello no significa que sea posible concederle el carácter de verdaderamente interpretativa a una ley que no lo es, ni otorgarle a una ley el carácter de constitucionalmente válida cuando no lo tiene (Disidencia parcial del juez Rosenkrantz que remite a su voto en disidencia en el precedente "Hidalgo Garzón" (Fallos: 341:1768)).

DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Al dictar la ley 27.362 el Congreso no intentó interpretar la ley 24.390 sino que en realidad buscó modificarla porque el legislador consideró indeseables las consecuencias de la aplicación de su artículo 7° a los casos que esa norma regulaba. Esa modificación se realizó en perjuicio del condenado y ello basta para concluir que la ley 27.362 es inválida (Disidencia parcial del juez Rosenkrantz que remite a su voto en disidencia en el precedente "Hidalgo Garzón" (Fallos: 341:1768)).

DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

Observo en el presente circunstancias análogas a las analizadas en el dictamen emitido el día de la fecha en los autos CSJ 1470/2014/RH1, caratulados "B, Reynaldo y otro s/ recurso extraordinario", a cuyos fundamentos me remito y doy por reproducidos en beneficio de la brevedad. Por las razones allí expuestas dejo contestada la vista conferida. Buenos Aires, 14 de julio de 2017. *Alejandra Magdalena Gils Carbó.*

Suprema Corte:

-I-

Por disposición del Tribunal se dio nueva intervención a esta Procuración General en consideración a las cuestiones que, como federales, se suscitaron en orden a la entrada en vigencia de la ley 27.362.

En forma preliminar, creo preciso señalar los antecedentes de la causa traída nuevamente a conocimiento de este Ministerio Público.

La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar al recurso de su especialidad interpuesto por el representante de este Ministerio Público Fiscal contra la decisión del Tribunal Oral Federal 2 que consideré aplicable la regla para el cómputo de la prisión preventiva prevista en el artículo 7 de la ley 24.390 -derogado por la ley 25.430- al presente caso, en que se condena a Reynaldo Benito Antonio B a la pena de quince años de prisión por la comisión de delitos considerados de lesa humanidad (arts. 2, 12, 19, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55 y 144 *bis*, inciso primero y último párrafo -texto según ley 14.616- en función del art. 142, inc. 1, -texto según ley 20.642-, todos ellos del Código Penal).

Contra esa decisión, la defensa de B interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación dio lugar a la presentación del recurso de queja (fs. 56/61).

En oportunidad de dictaminar en la presente causa, el día 19 de noviembre de 2015, esta Procuración opino que el derogado artículo 7 de la ley 24.390 -que contemplaba la regla del "dos por uno" en el cómputo de la prisión preventiva- no resulta aplicable al caso en estudio por las razones vertidas en los puntos II y III del dictamen emitido el 8 de julio de 2013 en el caso C.S.S. 1, L. XLIX, "Simón, Antonio Herminio y otros s/ recurso extraordinario", cuyas circunstancias resultan análogas al caso *sub examine*.

Aquel dictamen señaló, por un lado, que la ley vigente al tiempo de cometerse los hechos atribuidos en ese proceso no era la ley 24.390, sino el artículo 24 del Código Penal, según el cual corresponde computar un día de prisión por cada día que el condenado haya pasado en prisión preventiva.

Por otro lado, sostuvo que, de acuerdo con el criterio expuesto por la procuración General de la Nación en el caso "Torea" (Fallos: 330:5158), el principio de retroactividad de la ley penal más benigna, reconocido en los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no atribuye un derecho a la aplicación mecánica, irreflexiva o indiscriminada de cualquier norma posterior al hecho imputado por la sola razón de que ella resultaría más beneficiosa que la vigente en el momento de la comisión del hecho. Por el contrario, explicó que el principio asegura que no se impondrán o mantendrán penas cuando la valoración social que pudo haberlas justificado en el pasado haya variado, en el sentido de que lo que antes era juzgado reprobable ya no lo sea o lo sea solo en menor medida. Por esta razón, el derecho a la aplicación retroactiva de una ley más benigna requiere la evaluación de si la ley posterior al hecho es la expresión de un cambio en la valoración de la clase de delito correspondiente a los hechos de la causa (Cf. en sentido equivalente, "Ayerza", Fallos: 321:824, disidencia del juez Petracchi, especialmente considerandos 11° y siguientes, al que remitió la mayoría de la Corte en el precedente "Cristalux", Fallos: 329:1053).

En ese sentido, la procuración General consideró, al dictaminar en el caso "Simón, Antonio Herminio y otros s/ recurso extraordinario" que la adopción de la regla de cómputo privilegiado de la prision preventiva que preveía el derogado artículo 7 de la ley 24.390 no fue la expresión de un cambio en la valoración social de la clase de delitos atribuidos en aquel proceso. Por esa razón, concluyó que la ley 24.390 no debe ser aplicada retroactivamente de conformidad con el derecho a la retroactividad de la ley penal más benigna consagrado en los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En suma, esta procuración General de la Nación entendió -por los argumentos señalados en el dictamen emitido en la causa citada- que la regla de cómputo de la prisión preventiva prevista en el artículo 7 de la ley 24.390 no resulta aplicable al caso bajo examen.

Por otra parte, en atención a que se encuentran involucrados en este caso delitos de lesa humanidad, la interpretación postulada por esta Procuración General de la Nación es la única compatible con la

Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad.

La obligación de imponer penas apropiadas que tengan relación con la extrema gravedad de esta clase de hechos surge de los artículos 7.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada de personas, III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, 4.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Dicha obligación fue destacada por la Corte Suprema en el caso "Mazzeo" (Fallos: 330:3248, considerandos 10° 11° y 31°). En esa oportunidad, la Corte Suprema expuso que "lo cierto es que los delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo" (considerando 31°).

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los Estados deben observar el principio de proporcionalidad de la pena a fin de cumplir con el deber de investigar, juzgar, Sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos ("Masacre de la Rochela vs. Colombia", sentencia del 11 de mayo de 2007, párr. 193).

En ese caso, apunto que "[e]n cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos" (párr. 196). Además, precisó que "[e]n cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la penal" (párr. 196).

En un sentido similar, el Comité contra la Tortura ha considerado que la Imposición de penas menos severas y la concesión de indultos para quienes cometieron hechos de tortura son incompatibles con la obligación de los Estados de imponer penas adecuadas a la gravedad de estos crímenes, a la que se comprometieron al ratificar la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes ("Sr. Kepa Urra Guridi vs. Spain", Comunicación No. 212/2002, U.N. Doc. CAT/C/34/D/212/2002, 2005, párr. 6.7).

En razón de lo expuesto, la inaplicabilidad del artículo 7 de la ley 24.390 a esos casos surge de la obligación constitucional del Estado Nacional de asegurar que las penas Impuestas en casos de graves violaciones a los derechos humanos y su ejecución sean adecuadas y proporcionales, y que la aplicación de las normas internas no constituya un factor de impunidad ni implique la conmutación de las penas.

Esos principios fueron recogidos expresamente por el Congreso de la Nación a través de la ley 27.362, que en su artículo 1 dispone que "[d]e conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7° de la ley 24.390 -derogada por ley 25.430- no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional".

Ese postulado normativo recoge la única interpretación del artículo 7 de la ley 24.390 que resulta compatible con los principios constitucionales imperativos señalados y que se encontraban vigentes al momento de la sanción de dicha ley. De ese modo, a través de la reciente ley 27.362, el Congreso de la Nación reafirma el compromiso del Estado argentino con relación a las obligaciones internacionales y los principios constitucionales vinculados al juzgamiento de crímenes contra la humanidad.

A la luz de lo expuesto, la aplicación de un cómputo privilegiado de la prisión preventiva a la pena que oportunamente se fijó en la condena -y que se considera adecuada en función de la gravedad de los hechos y del grado de culpabilidad del condenado- desconocería el principio constitucional de proporcionalidad, cuya observancia exige el derecho internacional de los derechos humanos para la sanción de las graves violaciones a los derechos humanos. Esto implicaría una desnaturalización de la pena y, por ende, el apartamiento de la obligación del Estado argentino de sancionar adecuadamente los crímenes contra la humanidad. Además, la aplicación del cómputo que preveía la ley 24.390 tendría, en los hechos, los efectos de una conmutación de penas contraria a las previsiones del derecho internacional de los derechos humanos y de la Constitución Nacional.

En conclusión, el Congreso de la Nación, al sancionar la ley 27.362, ha recogido la única interpretación constitucionalmente válida de la regla que preveía la ley 24.390.

-II-

A partir de lo expuesto dejo contestada la vista conferida. Buenos Aires, 14 de julio de 2017. *Alejandra Magdalena Gils Carbó.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 18 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Kalinec, Eduardo Emilio s/ infracción agravada de los funcionarios públicos", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que con posterioridad a la interposición del recurso de hecho por extraordinario denegado el Tribunal dispuso oír a las partes por el término de 10 días y ello en razón de la publicación en el Boletín Oficial de la ley 27.362.

Corridas que fueron las vistas de rigor se las tuvo por contestadas a fs. 84 del presente legajo, disponiéndose dar una nueva intervención a la Procuración General de la Nación en razón de las cuestiones federales que se suscitaron en orden a la entrada en vigencia de la mencionada ley.

2°) Que con posterioridad a ello el aquí recurrente "*in pauperis formae*" presenta un doble planteo recusatorio, tanto del Ministro Rosatti como del Ministro Lorenzetti, el que fue sustentado por la defensa técnica a fs. 90/98.

3°) Que en virtud de ello, y previo a resolver sobre las cuestiones aquí traídas, corresponde dar trato a las recusaciones incoadas.

En ese sentido, destacan de los planteos arrimados que la parte recusa al doctor Horacio Rosatti por determinadas consideraciones que el señor juez habría expresado al medio masivo de comunicación que en la presentación se identifica y en relación al doctor Ricardo Lorenzetti por ausencia de imparcialidad, en base a una información difundida en una publicación escrita y a las declaraciones que habría realizado un ex funcionario del Poder Ejecutivo.

4°) Que los planteos recusatorios traídos encuentran respuesta en la tradicional doctrina de la Corte Suprema en materia de recusaciones según la cual las recusaciones introducidas por las partes, que son manifiestamente inadmisibles, deben ser desestimadas de plano (Fallos: 240:429; 252:177; 291:80; 326:4110; 330:2737; 340:810).

En efecto, respecto de la petición de apartamiento del doctor Rosatti, más allá de que de la propia transcripción que realiza la peticionaria no surge que las expresiones invocadas hayan sido efectuadas por el señor Ministro, el Tribunal estima que, en el caso, los fundamentos expuestos no configuran adelanto de opinión tal como esta Corte lo ha resuelto frente a situaciones análogas (causa "Bussi, Antonio Domingo", Fallos: 330:3160 y sus citas).

A su vez, el apartamiento solicitado del doctor Lorenzetti es igualmente inadmisible pues ninguna de las situaciones invocadas quedan comprendidas en los enunciados descriptivos que contempla el art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para sostener las diversas causales de recusación, circunstancia que con arreglo a jurisprudencia clásica del Tribunal sella la suerte del planteo. Ello es así, pues las partes no pueden crear a su voluntad y artificialmente una situación que, aparentemente, encuadre en una causal de apartamiento (Fallos: 313:428; 326:581).

5°) Que finalmente, y en relación con los planteos traídos en el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a esta queja, resulta aplicable, *mutatis mutandis*, lo resuelto por el Tribunal en el expediente "Hidalgo Garzón" –Fallos: 341:1768- (votos concurrentes de los infrascriptos) a cuyos términos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, oída la señora Procuradora General de la Nación, se resuelve:

1) Desestimar las recusaciones deducidas

2) Hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar la decisión recurrida.

Notifíquese y remítase a los fines de su agregación a los autos principales.

Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia parcial)– Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

1°) Que con posterioridad a la interposición del recurso de hecho por extraordinario denegado el Tribunal dispuso oír a las partes por el término de 10 días y ello en razón de la publicación en el Boletín Oficial de la ley 27.362.

Corridas que fueron las vistas de rigor se las tuvo por contestadas a fs. 84 del presente legajo, disponiéndose dar una nueva intervención a la Procuración General de la Nación en razón de las cuestiones federales que se suscitaron en orden a la entrada en vigencia de la mencionada ley.

2°) Que con posterioridad a ello el aquí recurrente "*in pauperis formae*" presenta un doble planteo recusatorio, tanto del Ministro Rosatti como del Ministro Lorenzetti, el que fue sustentado por la defensa técnica a fs. 90/98.

3°) Que en virtud de ello, y previo a resolver sobre las cuestiones aquí traídas, corresponde dar trato a las recusaciones incoadas.

En ese sentido, destacan de los planteos arrimados que la parte recusa al doctor Horacio Rosatti por determinadas consideraciones que el señor juez habría expresado al medio masivo de comunicación que en la presentación se identifica y en relación al doctor Ricardo Lorenzetti por ausencia de imparcialidad, en base a una información difundida en una publicación escrita y a las declaraciones que habría realizado un ex funcionario del Poder Ejecutivo.

4°) Que los planteos recusatorios traídos encuentran respuesta en la tradicional doctrina de la Corte Suprema en materia de recusaciones según la cual las recusaciones introducidas por las partes, que son manifiestamente inadmisibles, deben ser desestimadas de plano (Fallos: 240:429; 252:177; 291:80; 326:4110; 330:2737; 340:810).

En efecto, respecto de la petición de apartamiento del doctor Rosatti, más allá de que de la propia transcripción que realiza la peticionaria no surge que las expresiones invocadas hayan sido efectuadas por

el señor Ministro, el Tribunal estima que, en el caso, los fundamentos expuestos no configuran adelanto de opinión tal como esta Corte lo ha resuelto frente a situaciones análogas (causas "Bussi, Antonio Domingo", Fallos: 330:3160 y sus citas).

A su vez, el apartamiento solicitado del doctor Lorenzetti es igualmente inadmisible pues ninguna de las situaciones invocadas quedan comprendidas en los enunciados descriptivos que contempla el art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para sostener las diversas causales de recusación, circunstancia que con arreglo a jurisprudencia clásica del Tribunal sella la suerte del planteo. Ello es así, pues las partes no pueden crear a su voluntad y artificialmente una situación que, aparentemente, encuadre en una causal de apartamiento (Fallos: 313:428; 326:581).

5°) Que finalmente, y en relación con los planteos traídos en el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a esta queja, resulta aplicable, *mutatis mutandis*, lo resuelto por el Tribunal el 4 de diciembre de 2018 en el expediente "Hidalgo Garzón" –Fallos: 341:1768- (disidencia del juez Rosenkrantz) a cuyos términos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, oída la señora Procuradora General de la Nación, se resuelve:

1) Desestimar las recusaciones deducidas

2) Hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario y revocar la decisión recurrida.

Notifíquese y remítase a los fines de su agregación a los autos principales.

Carlos Fernando Rosenkrantz.

Recurso de queja interpuesto por **Eduardo Emilio Kalinec**, asistido por la **Dra. Magdalena Laiño, Defensora Pública coadyuvante.**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2.**

ASOCIACIÓN MUTUAL SANCOR c/ CHACO, PROVINCIA DEL Y OTRO s/ COBRO DE SUMAS DE DINERO

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Para que proceda la competencia orginaria de la Corte establecida en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58, en un juicio en que una provincia es parte, resulta necesario examinar, además, la materia sobre la que éste versa, es decir, que se trate de una causa de manifiesto contenido federal o de naturaleza civil, en cuyo último caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria, quedando excluidos de dicha instancia aquellos procesos que se rigen por el derecho público local.

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

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

El concepto de "causa civil" que deriva del art. 116 de la Constitución Nacional al que expresamente se refiere el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58 debe entenderse referido a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, entendido como tal el que se relaciona con el régimen de legislación enunciado en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, y se excluye de tal naturaleza a los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 Y siguientes de la Constitución Nacional.

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

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Para determinar el carácter de un proceso no basta indagar la naturaleza de la pretensión sino que es necesario además examinar su origen; así como también la relación de derecho existente entre las partes y la efectiva naturaleza del litigio.

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

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Toda vez que de los términos de la demanda surge que la actora reclama el cobro de ciertas sumas de dinero que debió afrontar en concepto de prestaciones médicas requeridas por su afiliado con motivo del siniestro ocurrido en el que habría participado un rodado de propiedad de una provincia, a la que le atribuye responsabilidad por los daños sufridos por aquél, no puede ser calificada como "causa civil", en tanto que para resolver el pleito, se debería examinar, sustancialmente, normas y actos locales, interpretándolos en su espíritu y en los efectos que la soberanía local ha querido darles, lo que determina que sean los jueces provinciales los que tengan a su cargo el conocimiento y la decisión de tales cuestiones.

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

FEDERALISMO

El respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, que exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que versen, en lo sustancial, sobre aspectos propios del derecho provincial, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 12/19, la Asociación Mutual Sancor, entidad dedicada al otorgamiento de coberturas de salud, con domicilio en la Provincia de Santa Fe, promueve demanda contra la Provincia de Chaco, Horacio Francisco Sosa, o quien resulte civilmente responsable del accidente de tránsito ocurrido el día 10 de enero de 2017, en la ciudad de Resistencia, provincia de Chaco, en el que resultó gravemente lesionado Mario Cristian Castillo Romero (afiliado a los servicios que presta), con el fin de obtener una devolución del valor de las prestaciones económicas que se generaron a su cargo a raíz del siniestro.

Asimismo pide que la suma que solicita en el rubro 'liquidación" sea actualizada desde el momento en que cada rubro resultó debido, con sus intereses y costas. A esos efectos, solicita también que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.561, en cuanto mantiene vigentes los arts. 7° y 10 de la ley 23.982 (alude, en rigor, a la ley 23.928), al sostener que tales disposiciones resultan violatorias a su derecho de propiedad.

Funda su legitimación para ejercer la acción en la subrogación legal prevista por los arts. 914 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación.

Relata que el señor Castillo Romero fue embestido por una camioneta de titularidad de la provincia demandada que era manejada por Sosa, quien -según afirma- obró imprudentemente, sin tomar los mínimos recaudos y respetar la prioridad de paso que tenía el afiliado al circular por la avenida. Arguye que el factor de atribución de la responsabilidad que endilga es objetivo (riesgo de la cosa, automotor en marcha), por lo que el caso encuadra en el art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación (antiguo 1113 del Código Civil).

Por otra parte, requiere que se cite en garantía a la compañía aseguradora del vehículo responsable del siniestro, Caja de Seguros S.A., con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A fs. 20 se corre vista, por la competencia, a esta Procuración General de la Nación.

-II-

Para que proceda la competencia originaria de la Corte establecida en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58, en un juicio en que una provincia es parte, resulta necesario examinar, además, la materia sobre la que éste versa, es decir, que se trate de una causa de manifiesto contenido federal o de naturaleza civil, en cuyo último caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria, quedando excluidos de dicha instancia aquellos procesos que se rigen por el derecho público local (Fallos: 324:533; 325: 618, 747 y 3070, entre otros).

En relación con ello, es dable resaltar que a partir de la sentencia dictada *in re* B. 2303, XL, Originario *"Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios"* publicada en Fallos: 329:759, V.E. otorgó un nuevo contorno al concepto de "causa civil" que deriva del art. 116 de la Constitución Nacional al que expresamente se refiere el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58.

De acuerdo con lo allí expresado y sus citas, el Tribunal ha atribuido ese carácter a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, entendido como tal el que se relaciona con el régimen de legislación enunciado en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, y ha excluido de tal naturaleza a los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y siguientes de la Constitución Nacional.

Por otro lado, V.E. tiene dicho que para determinar el carácter de un proceso no basta indagar la naturaleza de la pretensión sino que es necesario, además, examinar su origen; así como también la relación de derecho existente entre las partes y la efectiva naturaleza del litigio (Fallos: 311:1791 y 2065; 312:606; 315:2309).

A la luz de tales pautas jurisprudenciales, observo que en el presente caso, 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, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 4° y 5° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la doctrina de Fallos: 306:1056; 308:1239 y 2230-, la actora reclama el cobro de ciertas sumas de dinero que debió afrontar en concepto de prestaciones médicas requeridas por su afiliado con motivo del siniestro ocurrido el día 10 de enero de 2017 en la localidad de Resistencia, Provincia de Chaco, en el que habría participado un rodado de propiedad de esa provincia, a la que le atribuye responsabilidad por los daños sufridos por aquél.

En tales condiciones, considero que la materia en examen no puede ser calificada como “causa civil”, toda vez que para resolver el pleito, V.E. debería examinar, sustancialmente, normas y actos locales, interpretándolos en su espíritu y en los efectos que la soberanía local ha querido darles, lo que determina que sean los jueces provinciales los que tengan a su cargo el conocimiento y la decisión de tales cuestiones (doctrina de Fallos : 312:282 y 606; 316:1740; 320:217; 323:3924; 326:1591; 329:560; 330:1718).

Lo anterior tiene su fundamento en el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, que exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que versen,

en lo sustancial, sobre aspectos propios del derecho provincial, sin perjuicio de que las cuestiones federales que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 310:295 y 2841; 311:1470; 314:620 y 810; 318:2534 y 2551; 324:2069; 325:3070; 330:555).

En virtud de lo señalado y dada la índole taxativa de la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional y su imposibilidad de ser extendida, por persona o poder alguno, según el criterio adoptado por el Tribunal en el precedente "Sojo", publicado en Fallos: 32:120, y reiterado en Fallos: 270:78; 285:209; 302:63; 322:1514; 323:1854; 326:3642, entre muchos otros, opino que este proceso resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte. Buenos Aires, 5 de marzo de 2020. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de marzo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y la conclusión del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar que la presente causa resulta ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Horacio Rosatti.

Parte actora: **Asociación Mutual Sancor**, representada por **su letrada apoderada, Dra. Mara Orlando.**

Parte demandada: **Provincia del Chaco y Horacio Francisco Sosa, no presentados en estas actuaciones.**

ESCUDERO, MAXIMILIANO DANIEL s/ Recurso de casación

DEFENSA EN JUICIO

Debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener -luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal.

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

La Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del tribunal.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Las sentencias de la Corte Suprema deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento en que se las dicta, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario.

GARANTIA DE PLAZO RAZONABLE

La garantía de ser juzgado en un plazo razonable no solo es un corolario del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional -derivado del "speedy trial" de la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de América-), sino que se encuentra también previsto expresamente en los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional como parte del debido proceso legal y de la garantía de acceso a justicia (art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos y art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

GARANTIA DE PLAZO RAZONABLE

El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable, ya que una demora prolongada o falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales.

GARANTIA DE PLAZO RAZONABLE

La razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento -incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse-, hasta que se dicte sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción.

GARANTIA DE PLAZO RAZONABLE

Resulta evidente que en la causa se ha conculcado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, toda vez que en el caso particular, tratándose de un ilícito común y que no presentaba mayores complejidades probatorias, el tiempo irrogado desde el momento del hecho y hasta la sentencia condenatoria fue inferior a un año; mientras que, hasta la fecha, la etapa recursiva -cuyo más elemental objetivo es la búsqueda de mejor derecho- ha insumido más de veintiún años sin que el encausado pueda contar con un pronunciamiento definitivo pasado en autoridad de cosa juzgada.

GARANTIA DE PLAZO RAZONABLE

Corresponde reiterar la preocupación -ya expresada en el precedente "Espíndola" (Fallos: 342:584)-, en orden al problema referido a la excesiva duración de los trámites recursivos en el fuero penal de la Provincia de Buenos Aires y, en consecuencia, exhortar nuevamente a la Suprema Corte de Justicia de dicha provincia, en su calidad de máxima autoridad del Poder Judicial provincial -y, por su intermedio, a los órganos que corresponda para que adopte, con carácter de urgente, medidas conducentes a hacer cesar la problemática descripta.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Escudero, Maximiliano Daniel s/ recurso de casación".

Considerando:

1°) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires resolvió, con fecha 15 de abril de 2009, rechazar el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa de Maximiliano Daniel Escudero contra el decisorio de la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto dispuso casar parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal nº 1 de Zárate-Campana (en la que se había condenado al nombrado a la pena de seis años de prisión por el robo doblemente calificado por el uso de arma y por cometerse en poblado y en banda) y modificar la calificación legal asignada a los hechos por los que fuera condenado el imputado, suprimiendo la agravante referida a la comisión en poblado y en banda, pero manteniendo incólume la pena de seis años de prisión oportunamente aplicada. Contra el decisorio del superior provincial la defensa interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue concedido.

2°) Que en el referido recurso, la parte recurrente se agravió de lo resuelto por la Suprema Corte provincial en orden al rechazo del planteo de la parte referido a la violación a la prohibición de la *reformatio in pejus* derivada de la decisión de la casación de suprimir la agravante referida a la comisión del robo en poblado y en banda pero mantener indemne la pena impuesta por el tribunal de mérito. En esa dirección, argumentó que la sentencia apelada resulta auto contradictoria -por cuanto, en opinión de la parte, afirma y niega a la vez la posibilidad de que la modificación en el encuadre legal pueda redundar en una reducción de la sanción penal aplicable-, como así también que el referido fallo se apartó de lo expresado por esta Corte Suprema -en especial, en el voto del juez Zaffaroni- al pronunciarse por primera vez en el *sub lite*, oportunidad en la que dejó sin efecto la sentencia anterior del tribunal *a quo* que había desestimado el recurso de inaplicabilidad de ley de la defensa y reenvió las actuaciones para que se dictase una

nueva resolución en orden a la alegada vulneración de la prohibición de *reformatio in pejus*.

3°) Que, en primer lugar -y sin perjuicio del tenor de los agravios planteados por la parte recurrente-, incumbe a este Tribunal expedirse sobre la cuestión federal que involucra la afectación de la garantía a ser juzgado en un plazo razonable. En efecto, toda vez que la prosecución de un pleito indebidamente prolongado -máxime de naturaleza penal- conculcaría el derecho de defensa de los acusados (conf. "Mattei", Fallos: 272:188) en tanto *"…debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener -luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre* […] *que comporta el enjuiciamiento penal"*, debería resolverse esta cuestión en forma previa a todas las demás.

4°) Que en esa dirección, resulta pertinente recordar que esta Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del tribunal (Fallos: 310:2682; 319:2931 y 327:5416) como así también que ha de ser tenida en consideración la inveterada doctrina del Tribunal según la cual las sentencias de la Corte Suprema deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento en que se las dicta, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 313:584; 314:568; 318:625; 319:79; 323:600; 324:448; 325:1345, entre otros).

5°) Que el principio cuya violación se analiza en el *sub lite* no solo es un corolario del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional -derivado del "speedy trial" de la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de América-), sino que se encuentra también previsto expresamente en los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional como parte del debido proceso legal y de la garantía de acceso a justicia (art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional). A su vez, esta constelación normativa ha servido de guía para elaborar la fundamentación de los diferentes estándares emanados de los precedentes de esta Corte sobre la cuestión del plazo razonable tanto en materia no penal (vgr. Fallos: 331:760;

332:1492; 334:1302 y 1264; 335:1126 y 2565 y 336:2184) como en la que en el particular se debate. Así, son expresión de esta última los estándares surgidos *in re* "Amadeo de Roth" (Fallos: 323:982); "Barra" (Fallos: 327:327); "Egea" (Fallos: 327:4815); CSJ 2625/2004 (40-C)/CS1 "Cabaña Blanca S.A. s/ infracción a la ley 23.771 -causa n° 7621-", del 7 de agosto de 2007; "Podestá" (Fallos: 329:445); "Acerbo" (Fallos: 330:3640); "Cuatrín" (Fallos: 331:600), entre otros y, más recientemente, en lo que a la violación de la garantía en etapas recursivas se refiere, *in re* "Santander" (Fallos: 331:2319); CSJ 159/2008 (44-I)/CS1 "Ibáñez, Ángel Clemente s/ robo calificado por el uso de armas", resuelta el 11 de agosto de 2009; "Salgado" (Fallos: 332:1512); "Barroso" (Fallos: 333:1639); CSJ 161/2012 (48-V)/CS1 "Vilche, José Luis s/ causa n° 93.249", resuelta el 11 de diciembre de 2012 y CSJ 1022/2011 (47-S)/CS1 "Salazar, Ramón de Jesús s/ causa n° 105.373" -disidencias del juez Maqueda y del juez Rosatti-, resuelta el 6 de febrero de 2018) y, más recientemente, en "Espíndola" (Fallos: 342:584), criterios que, más allá de las particularidades de los votos de los miembros del Tribunal en dichas decisiones, fijan una línea clara que debe regir en esta materia.

6°) Que en orden a esta cuestión, esta Corte Suprema ha hecho propios los estándares fijados en orden a la garantía del plazo razonable por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto ha señalado que el derecho de acceso a la justicia "debe asegurar - la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable" (Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, párr. 73; Caso García y Familiares vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 noviembre de 2012, Serie C, nº 258, párr. 152; Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, sentencia del 25 de mayo de 2010, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 196) ya que una demora prolongada o "falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales" (Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, párr. 145; Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, sentencia del 30 de noviembre de 2012, excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones, párr. 164; Caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia del 23 de noviembre de 2009, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 191; Caso Masacre de las dos Erres vs. Guatemala, sentencia del 24 de noviembre de 2009, excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 132; Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27 de noviembre de 2008, Serie C, nº 192, párr. 154; Caso Anzualdo Castro vs. Perú, sentencia del 22

de septiembre de 2009, excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 124; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia del 12 de agosto de 2008, excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 148 y Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, sentencia del 6 de mayo de 2008, excepción preliminar y Fondo, párr. 59).

En tal contexto, y a los fines de establecer la razonabilidad del plazo y los elementos que deben tomarse en cuenta para ello, la Corte IDH ha acudido y hecho suyas las pautas establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y así, siguiendo a aquel en el Caso Guincho vs. Portugal, ha señalado que la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento -incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse-, hasta que se dicte sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción (Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, párr. 71; en igual sentido, TEDH, Casos Robins v. the United Kingdom, 23 Sept. 1997, §28; Silva Pontes v. Portugal, 23 Mar. 1994, §36; Di Pede v. Italy, 26 Sept. 1996, §32; Zappia v. Italy, 26 Sept. 1996, §§20-22; Bouilly v. France, 7 Dec. 1999, §§19-23; Pinto de Oliviera v. Portugal, 8 Mar. 2002, §26; Mocie v. France, 8 Apr. 2003, §§21- 22).

7°) Que de conformidad con dichos parámetros resulta evidente que en el *sub examine* se ha conculcado el derecho de Maximiliano Daniel Escudero a ser juzgado en un plazo razonable, toda vez que en el caso particular, tratándose de un ilícito común y que no presentaba mayores complejidades probatorias, el tiempo irrogado desde el momento del hecho y hasta la sentencia condenatoria fue inferior a un año; mientras que, hasta la fecha, la etapa recursiva -cuyo más elemental objetivo es la búsqueda de mejor derecho- ha insumido más de veintiún años sin que el encausado pueda contar con un pronunciamiento definitivo pasado en autoridad de cosa juzgada.

En efecto, del cotejo de las actuaciones se desprende que la condena contra Maximiliano Daniel Escudero se dictó con fecha 6 de septiembre de 1999, apenas once meses después de cometidos los hechos materia de juzgamiento (lo que tuvo lugar el 2 de octubre de 1998). A partir de la impugnación deducida por la defensa del nombrado, la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires resolvió, con fecha 24 de mayo de 2001, modificar la calificación legal asignada a los hechos por los que fuera condenado

el imputado por una menos grave, pero mantener intacta la pena de seis años de prisión oportunamente aplicada. Frente a ello, la defensa dedujo recurso de inaplicabilidad de ley, el cual fue desestimado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con fecha 25 de septiembre de 2002, lo que a su vez derivó en la interposición de un primer recurso extraordinario federal y queja por su denegación -el 6 de agosto de 2003- ante esta Corte Suprema de Justicia de la Nación, que -tras correr vista al Procurador General de la Nación el 16 de abril de 2004, que se expidió el 28 de febrero de 2005, y solicitar el envío de los autos principales el 11 de mayo de 2006, recibiéndolos en esta sede el 28 de agosto del mismo año- resolvió, el 10 de abril de 2007, dejar sin efecto la sentencia apelada por haberse apartado de la doctrina sentada en los precedentes "Strada" (Fallos: 308:490) y "Di Mascio" (Fallos: 311:2478) de este Tribunal, al omitir analizar el agravio del recurrente referido a la presunta vulneración de la prohibición de *reformatio in pejus*. Devueltas las actuaciones al tribunal *a quo*, este dispuso conceder el recurso de inaplicabilidad de ley el 18 de julio de 2007 y se expidió, rechazándolo, el 15 de abril de 2009. Contra esta decisión la defensa interpuso un segundo recurso extraordinario federal el 19 de junio de 2009, el cual fue concedido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires el 26 de octubre de 2010. Recibida nuevamente la causa en esta sede, con fecha 4 de diciembre de 2012 el Tribunal resolvió suspender el trámite del recurso en razón de que podría encontrarse prescripta la acción penal en los autos principales, devolviendo el expediente al tribunal de origen a fin de que resuelva en orden a dicha cuestión. Así las cosas, se remitieron las actuaciones al tribunal de origen, que las recibió el 14 de marzo de 2013. Sin embargo, transcurrieron cinco años hasta que el Tribunal en lo Criminal nº 1 de Zárate-Campana se pronunció sobre dicha cuestión el 10 de abril de 2018 declarando que no se encontraba prescripta la acción penal en el *sub examine*; pudiendo apreciarse a partir del cotejo de las actuaciones que, durante ese lapso, el referido tribunal demoró más de tres años (entre el 4 de abril de 2013 y el 12 de mayo de 2016) en reiterar el pedido de remisión de antecedentes que no había sido cumplido, además de dejarse constancia actuarial del hallazgo de la causa -que se encontraba "traspapelada"- el 6 de diciembre de 2017.

De lo expuesto se desprende, en suma, que el juzgamiento de un delito de muy escasa complejidad se ha extendido ya por más de veintidós años sin que se haya arribado aún a una sentencia que determi-

ne, en forma definitiva, la situación procesal de Maximiliano Daniel Escudero. Como así también que la inmensa mayoría de ese tiempo (veintiún años) correspondió al trámite -todavía inconcluso- de la impugnación deducida por la defensa contra la condena primigenia y los fallos posteriores de los tribunales intermedios que la confirmaron, a cuya morosidad ha contribuido de un modo decisivo la injustificada reiteración de "tiempos muertos", siendo el ejemplo más notorio la demora de cinco años registrada por el Tribunal en lo Criminal nº 1 de Zárate-Campana para expedirse respecto de la vigencia de la acción penal en los autos principales.

8°) Que en atención a ello, resulta de aplicación al *sub examine*, en lo pertinente, la doctrina que emana de los precedentes citados en el considerando 5° del presente y, en especial, lo expresado por esta Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a la afectación a la garantía del plazo razonable durante la etapa recursiva al resolver en las causas CSJ 161/2012 (48-V)/CS1 "Vilche, José Luis s/ causa n° 93.249", fallada el 11 de diciembre de 2012 y "Espíndola" (Fallos: 342:584), a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad.

9°) Que de igual manera, corresponde reiterar la preocupación -ya expresada en el considerando 28 y ss. del precedente "Espíndola", citado *supra*, en orden al problema referido a la excesiva duración de los trámites recursivos en el fuero penal de la Provincia de Buenos Aires y, en consecuencia, exhortar nuevamente a la Suprema Corte de Justicia de dicha provincia, en su calidad de máxima autoridad del Poder Judicial provincial -y, por su intermedio, a los órganos que corresponda- para que adopte, con carácter de urgente, medidas conducentes a hacer cesar la problemática descripta.

Por ello, esta Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve:

1) Declarar procedente el recurso extraordinario concedido, revocar la sentencia apelada, declarar extinguida por prescripción la acción penal en la causa y disponer el sobreseimiento de Maximiliano Daniel Escudero (art. 16, segunda parte, de la ley 48).

2) Exhortar a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a fin de que, en su calidad de máxima autoridad del Poder Judicial de dicha provincia -y, por su intermedio, a los órganos que corresponda- para que adopte, con carácter de urgente, medidas con-

ducentes a hacer cesar la problemática descripta.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por **Maximiliano Daniel Escudero,** asistido por el **Dr. Mario Luis Coriolano, Defensor Oficial.**

Traslado contestado por el **Dr. Juan Ángel de Oliveira, Subprocurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.**

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Tribunal en lo Criminal n° 1 del Departamento Judicial de Zárate-Campana y Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.**

RAYMUNDO, LEONARDO MATÍAS c/ UGOFE S.A. Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ACC. TRÁN. C/LES. O MUERTE)

COMPETENCIA FEDERAL

Cuando el fuero federal se establece ratione personae, puede ser declinado y su renuncia debe admitirse en todos los casos en que sea explícita o resulte de la prórroga de la jurisdicción consentida en el juicio.

COMPETENCIA

La declaración de incompetencia declarada en función de la solicitud de citación como tercero del Estado Nacional, resulta prematura, toda vez que éste no ha tomado aún intervención en el pleito, como surge de las constancias de la causa, en los cuales ni siquiera se ha admitido todavía el requerimiento de su comparecencia.

COMPETENCIA LOCAL

La pretendida actuación de la justicia ordinaria de la Provincia de Buenos Aires invocada por la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial – demandada en la causa - es improcedente, pues atendiendo a la especial condición jurídica de la referida unidad ejecutora, que rigió oportunamente su actuación funcional, al tratarse de un ente autárquico con personalidad jurídica propia para estar en juicio, no se verifica identidad subjetiva entre esa repartición y el Estado local, el que no puede ser tenido entonces como parte sustancial en el pleito.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nº 108 y el Juzgado Civil y Comercial n° 7 del Departamento Judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires, discrepan en torno a su competencia para entender en la presente causa en la que el actor demanda a Ferrobaires S.A., a UGOFE S.A. (Línea San Martín de Trenes) y a la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un accidente ferroviario ocurrido el 16 de febrero de 2011 (fs. 8/12, 102, 134, 143/144 y 146).

El magistrado nacional haciendo suyos los argumentos del Ministerio Público Fiscal, admitió la excepción de incompetencia planteada por la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial codemandada (fs. 92/99, 131/133 y 134). A tal efecto, consideró que la provincia no puede ser juzgada contra su voluntad por jueces nacionales, por lo que la cuestión debe ser atribuida a un juez del estado provincial.

Por su parte, el juez a cargo del Juzgado Civil y Comercial nº 7 del Departamento Judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires, destacó que al haber sido citado como tercero el Estado Nacional, corresponde que la causa tramite ante la justicia federal de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución Nacional (fs. 143/144).

Devueltas las actuaciones al juzgado nacional, su titular mantuvo el criterio expuesto a fojas 134 (fs. 146).

En tales condiciones se ha suscitado un conflicto de competencia

que atañe dirimir a la Corte, de acuerdo a lo prescripto por el artículo 24, inciso 7, del decreto-ley 1285/58, texto según ley 21.708.

-II-

Tal como surge del relato de los hechos de la demanda, los cuales deben ser considerados para resolver las cuestiones de competencia (Fallos: 340:406, "Díaz"; entre otros), la actora reclama a Ferrobaires S.A., UGOFE S.A. (Línea San Martín de Trenes) y a la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial la reparación integral de los daños y perjuicios causados por el accidente de trenes ocurrido el 16 de febrero de 2011 en José C. Paz, provincia de Buenos Aires (fs. 8/12 y 102). Invoca, principalmente, disposiciones del Código Civil y de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Al comparecer el estado local por la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial, planteó la excepción de incompetencia, con sustento, por un lado, en que el lugar de acaecimiento del hecho y el domicilio del demandado Ferrobaires S.A. están ubicados en la provincia de Buenos Aires. Por otro lado, afirmó que la tramitación por ante jueces nacionales de una causa civil, en la que se ventilan relaciones entre vecinos de una misma provincia y su administración, regidas por normas de derecho de fondo, vulneraría el principio constitucional de la autonomía de los estados provinciales.

Corresponde señalar que a la fecha no se ha integrado la *litis* con el Estado Nacional conforme fuera solicitado por la codemandada UGOFE S.A.

Sentado ello, considero que el supuesto guarda sustancial analogía con el precedente de Fallos: 328:293, "Adorno". Allí, la Corte Suprema indicó que atañen al fuero civil todas las causas iniciadas en Capital Federal que versen sobre acciones civiles y comerciales, referentes a responsabilidad contractual o extracontractual, aun cuando la Nación o sus empresas y entidades autárquicas sean parte, siempre que deriven de accidentes de tránsito, inclusive ferroviarios (CSJN en autos Comp. 428, L. XLVII, "Guiñazú, Luis y otro c/ Ferrocarriles Metropolitanos SA y otro s/ daños y perjuicios", sentencia del 27 de septiembre de 2011; CIV 108280/2011/CS1, "Vizcarra, Diego Alejandro c/ UGOFE SA s/ daños y perjuicios"; sentencia del 15 de septiembre de 2015; Fallos: 339:429, "Escaris"; CIV 65325/2012/CS1, "Ferreira González, Brígido Ramón c/ EN –M° de Transporte y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 11 de febrero de 2020; entre muchos otros).

Por lo demás, cabe precisar que fue demandada la Unidad Eje-

cutora del Programa Ferroviario Provincial -en su carácter de entidad autárquica de derecho público conforme a lo dispuesto por el decreto provincial 3532/1993-, y que no se encuentra sustancial o nominalmente demandada la Provincia de Buenos Aires como para habilitar la vía originaria de la Corte Suprema de Justicia de Nación (CSJN, en autos Comp. 385, L. XLIV, "Sotero, Gustavo Alejandro y otros c/ Ferrobaires y otro" sentencia del 30 de septiembre de 2008, en lo pertinente).

-III-

En función de lo expuesto, opino que la causa debe continuar su trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nº 108, al que deberá remitirse a sus efectos. Buenos Aires, 19 de agosto de 2020. *Víctor Ernesto Abramovich Cosarin.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de marzo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que en las presentes actuaciones se suscitó un conflicto negativo de competencia entre el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 108 y el Juzgado en lo Civil y Comercial n° 7 del Departamento Judicial de San Martín, Provincia de Buenos Aires, cuya resolución corresponde a esta Corte Suprema en los términos de lo previsto en el art. 24, inc. 7, del decreto-ley 1285/58.

2º) Que en la causa, iniciada en el ámbito de la justicia nacional en lo civil de esta Capital Federal, se ha demandado a la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial (Ferrobaires S.A.) y a la Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia S.A., con el objeto de que se las condene al pago de una indemnización por los daños y perjuicios que asegura la actora haber sufrido con motivo de un choque de trenes ocurrido el 16 de febrero de 2011 en la localidad de José. C. Paz, Provincia de Buenos Aires.

Al presentarse en el juicio, la Unidad Ejecutora del Programa Fe-

rroviario Provincial planteó, entre otras cuestiones, la incompetencia de la justicia nacional en lo civil para juzgarla en autos, en el entendimiento de que solo se hallaban habilitados para hacerlo los tribunales locales de la Provincia de Buenos Aires. Ese planteo fue admitido por el magistrado civil interviniente y resistido por el juez provincial que resultó sorteado en dicha jurisdicción.

A su vez, en su primera presentación en el pleito, la Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia S.A. solicitó que sea citado como tercero el Estado Nacional, petición que aún no ha sido resuelta en la causa, dada la cuestión competencial suscitada.

3º) Que las presentes actuaciones, por el momento, tienen que continuar su trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 108, que es la sede jurisdiccional en la que la actora optó por promover su reclamo judicial de conformidad con las reglas consagradas en el art. 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

4º) Que, en cuanto a la incompetencia declarada en función de la solicitud de citación como tercero del Estado Nacional, debe recordarse que cuando el fuero federal se establece *ratione personae*, puede ser declinado y su renuncia debe admitirse en todos los casos en que sea explícita o resulte de la prórroga de la jurisdicción consentida en el juicio (Fallos: 311:858; 312:280; 328:68, 4097, entre otros).

Habida cuenta de ello, la declaración de incompetencia sentada en ese argumento resulta prematura en el expediente, pues el Estado Nacional no ha tomado aún intervención en el pleito, como surge de las constancias de autos, en los cuales ni siquiera se ha admitido todavía el requerimiento de su comparecencia, formulado por la Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia S.A.

5º) Que, por otro lado, respecto de la pretendida actuación de la justicia ordinaria de la Provincia de Buenos Aires, corresponde señalar que tampoco se verifica la afectación del privilegio en el cual se basa el planteo efectuado en representación de la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial, puesto que una provincia solo puede ser tenida por parte cuando participa en el proceso nominalmente (sea como actora, accionada o tercero) y sustancialmente, presentando un interés directo en la contienda, de modo que la sentencia le resulte obligatoria.

En tal marco, atendiendo a la especial condición jurídica de la referida unidad ejecutora, que rigió oportunamente su actuación funcional, al tratarse de un ente autárquico con personalidad jurídica propia para estar en juicio, no se verifica identidad subjetiva entre esa repartición y el Estado local, el que no puede ser tenido entonces como parte sustancial en el pleito.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara que las presentes actuaciones deben continuar su trámite en sede del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 108, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado en lo Civil y Comercial n° 7 del Departamento Judicial de San Martín, Provincia de Buenos Aires.

JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

MENÉNDEZ, LUCIANO BENJAMÍN Y OTROS S/ LEGAJO DE CASACIÓN

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

La declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen de la regla o precepto en cuestión conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados, lo que requiere descartar concienzudamente la posibilidad de una interpretación que compatibilice la regla impugnada con el derecho federal que la parte reputa conculcado.

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

PENA

Dentro de los límites del derecho constitucional a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado y a no ser sometido a un trato punitivo cruel, inhumano o degradante, la determinación de las escalas punitivas y de la clase y extensión de las penas conminadas para cada tipo de delito es una materia propia de la política criminal reservada al Congreso, atribución que los magistrados no pueden ignorar al llevar a cabo el control de constitucionalidad que les compete.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del artículo 19, inciso 4, del Código Penal con sustento en la inviolabilidad del derecho de propiedad que los condenados tendrían sobre sus haberes previsionales, toda vez que el a quo desconoció sin razón el principio de que derechos de esa naturaleza no tienen carácter absoluto, sino que son susceptibles de ser objeto de reglamentaciones razonables.

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

PENA

No resulta admisible sostener que la suspensión prevista en el artículo 19, inciso 4, del Código Penal afecta derechos adquiridos, ya que para que se configure tal supuesto en materia previsional es menester, o que se deniegue al afiliado la aplicación de una ley vigente al momento del cese que le concediera el derecho que pretende, o bien que se arrebate un beneficio legítimamente acordado, circunstancias que no se dan en la especie, en que no se vulneró efectivamente el derecho sustancial a la prestación.

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

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Es arbitraria la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del artículo 19, inciso 4, del Código Penal toda vez que afirmó la existencia de una lesión al derecho de propiedad de un modo puramente abstracto, sin

que se acompañara explicación alguna dirigida a demostrar el perjuicio concreto que provocaría o habría provocado la aplicación del citado artículo, en las circunstancias específicas de cada uno de los condenados, pasando injustificadamente por alto que conforme a la norma, el importe de los haberes previsionales será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión, lo que evita que su suspensión, accesoria de la pena de prisión, genere efectos trascendentes que excedan al propio culpable de los crímenes que la han fundado.

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

PENA

La suspensión prevista en el artículo 19, inciso 4, del Código Penal no genera un enriquecimiento sin causa a favor del ente previsional, ya que las sumas devengadas son puestas a disposición de los parientes del condenado, lo que contribuye a excluir que la norma que la establece pueda descalificarse desde el punto de vista constitucional.

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

PENAS ACCESORIAS

Es arbitraria la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del artículo 19, inciso 4, del Código Penal toda vez que no observó que la ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de la libertad, con el objetivo de evitar que medidas como la examinada -esto es, inhabilitaciones inherentes, en virtud de la regla del artículo 12 del Código Penal, a las penas privativas de la libertad mayores a tres años - pudieran obstaculizar de algún modo el reingreso a la vida social del penado, dispone que quedarán suspendidas cuando el condenado se reintegrare a la vida libre mediante la libertad condicional o la libertad asistida (artículo 220).

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

PENAS ACCESORIAS

Es arbitraria la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del artículo 19, inciso 4, del Código Penal invocando un supuesto peligro para la subsistencia de los condenados, pues la cámara omite, sin razón, que la ley 24.660 establece que el tratamiento del encarcelado deberá atender a sus condiciones personales, intereses y necesidades durante la inter-

nación y al momento del egreso (artículo 5), y que las personas condenadas a prisión tienen un derecho federal, asegurado por el artículo 18 de la Constitución y normas internacionales de igual jerarquía, a obtener condiciones dignas de encierro carcelario con independencia de su capacidad de costearlas.

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

PENAS ACCESORIAS

La sentencia que declaró la inconstitucionalidad del artículo 19, inciso 4, del Código Penal es arbitraria toda vez que considerar que la suspensión del goce de haberes previsionales que dispone la legislación penal aplicable conlleva una afectación patrimonial efectiva o un peligro para la subsistencia de las personas sometidas a pena de prisión, es dogmática y no guarda coherencia con la totalidad de las normas que rigen la materia.

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

PENAS ACCESORIAS

La sentencia que declaró la inconstitucionalidad del artículo 19, inciso 4, del Código Penal es arbitraria pues no se advierte ningún fundamento -ni lo aporta el a quo en su pronunciamiento- con base en el cual quepa postular razonablemente que la restricción cuestionada tenga la carga infamante que la cámara le endilga, de modo que pueda válidamente concluirse en virtud de ella que, al imponerla como parte de la inhabilitación absoluta que es inherente a toda pena de prisión mayor a tres años, el Congreso de la Nación ha violado algún derecho que la Constitución garantiza.

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

PENAS ACCESORIAS

Las incapacidades civiles que la ley impone a los condenados a penas privativas de la libertad superiores a tres años en virtud del artículo 12 del Código Penal no pueden ser calificadas como un trato inhumano o contrario a la dignidad del hombre, en tanto su establecimiento en la ley expresa criterios de política criminal y penitenciaria que son atribución del legislador nacional, que no compete a los magistrados cuestionar sin

aportar una justificación estricta respecto de su incompatibilidad con la Constitución Nacional; consideraciones que son también aplicables mutatis mutandis a la consecuencia de la inhabilitación absoluta – suspensión del goce de haberes previsionales -, que corresponde en virtud de la primera disposición del citado artículo 12 del Código Penal.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal no hizo lugar, por mayoría, al recurso de su especialidad interpuesto por el representante de este Ministerio Público contra la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán que declaró la inconstitucionalidad del artículo 19, inciso 4, del Código Penal, tras la petición que en ese sentido efectuaron los condenados Luciano Benjamín M, Roberto Heriberto A, Luis Armando D C y Carlos Esteban D C (fs. 2/6).

El señor Fiscal General dedujo entonces recurso extraordinario (fs. 7/23 vta.), cuya declaración de inadmisibilidad (fs. 26 y vta.) motivó la presente queja (fs. 27/31 vta.).

-II-

De acuerdo a conocida doctrina del Tribunal, sus fallos deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se los dicta, aunque sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal (Fallos: 285:353; 310:819; 313:584; 325:2177, entre otros). Por ello, dado que, como es notorio, con posterioridad a la interposición de ese recurso se produjo el fallecimiento de M, considero que un pronunciamiento a su respecto resultaría abstracto, y con ese alcance habré de desistir del recurso intentado.

Por el contrario, la queja resulta formalmente admisible en cuanto al caso del resto de los interesados, ya que en la resolución del tribunal superior de la causa, apelada mediante recurso extraordinario, se ha puesto en tela de juicio la validez de una ley del Congreso y se ha adoptado una decisión contraria a esa validez (Cf. artículo 14, inciso l, ley 48, y, recientemente, Fallos: 340:669, especialmente considerando 4 del voto que lideró el acuerdo, y sus citas).

-III-

Los jueces que integraron la mayoría confirmaron la declaración de inconstitucionalidad, que el recurrente cuestiona, con base en la idea de que la suspensión del goce de los haberes previsionales durante el tiempo de la condena -inherente a la inhabilitación absoluta que corresponde, por imposición del artículo 12 del Código Penal, a todo condenado a pena de reclusión o prisión superior a tres años- importaría una "especie de confiscación transitoria" capaz de lesionar el derecho inviolable de propiedad, y pondría en riesgo la subsistencia del afectado. En consecuencia, entendieron que la norma del artículo 19, inciso 4 -y por fuerza, a mi entender, también la del artículo 12- "supone un ataque al principio de razonabilidad". Por último, señalaron que la suspensión del goce de haberes previsionales que esas normas disponen conllevaría "una carga infamante, al consagrar una incapacidad moral para el ejercicio de un derecho", pues importaría "una mortificación innecesaria en el patrimonio de quien sufre una pena privativa de la libertad" (fs. 3/5 vta.).

-IV-

Según lo aprecio, tal como lo señala el recurrente (fs. 17/23 vta.). el *a quo* se ha apartado de la doctrina general de V.E., de conformidad con la cual la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen de la regla o precepto en cuestión conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados, lo que requiere descartar concienzudamente la posibilidad de una interpretación que compatibilice la regla impugnada con el derecho federal que la parte reputa conculcado (Cf. doctrina de Fallos: 328:4542; 329:5567; 330:855; 331:2799. entre muchos otros).

A esa jurisprudencia general corresponde agregar, en razón de la materia regulada por la norma en disputa en este litigio, aquella según la cual -dentro de los límites del derecho constitucional a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad del delito cometido y al bien jurídico tutelado (Fallos: 312:826, considerando 11, y voto del juez Fayt, considerando 10) y a no ser sometido a un trato punitivo cruel. inhumano o degradante (Fallos: 328:1146; y 329:3680. considerando 19)- la determinación de las escalas puniti-

vas y de la clase y extensión de las penas conminadas para cada tipo de delito es una materia propia de la política criminal reservada al Congreso, atribución que los magistrados no pueden ignorar al llevar a cabo el control de constitucionalidad que les compete (Cf. Fallos: 209:342; 314:440, considerando 5°; y dictamen del Procurador General D' Alessio en Fallos: 312:809, esp. pág. 816).

En mi opinión, el fallo apelado carece ostensiblemente de la justificación sesuda dirigida a demostrar la incompatibilidad de la norma impugnada con la Constitución Nacional que tales doctrinas federales exigen y debe, por lo tanto. ser descalificado en los términos de la doctrina de V.E. sobre arbitrariedad de sentencias.

-V-

En relación con la primera de las consideraciones del *a quo* para sostener la inconstitucionalidad -la vinculada a la inviolabilidad del derecho de propiedad que los condenados en este proceso tendrían sobre sus haberes previsionales- la sala desconoció sin razón el principio de que derechos de esa naturaleza no tienen carácter absoluto. sino que son susceptibles de ser objeto de reglamentaciones razonables.

Por ejemplo, en un caso en el que el recurrente había planteado la misma inconstitucionalidad declarada en el *sub examine*, V.E. afirmó que no resulta admisible sostener que la suspensión prevista en el artículo 19, inciso 4. del Código Penal "afecte derechos adquiridos, ya que como reiteradamente lo ha expuesto el Tribunal, para que se configure tal supuesto en materia previsional es menester, o que se deniegue al afiliado la aplicación de una ley vigente al momento del cese que le concediera el derecho que pretende, o bien que se arrebate un beneficio legítimamente acordado (v., entre muchos otros, Fallos: 210:808; 222:122; 247:185; 266:19; 274:31; 280:308), circunstancias que no se dan en la especie, en que no se vulneró efectivamente el derecho sustancial a la prestación" (Cf. dictamen de esta Procuración General, al que V.E. se remitió en la sentencia de Fallos: 312:2315).

En el mismo sentido, pensiones como la establecida en la ley 23.848 son revocadas respecto de quienes -como los beneficiarios del pronunciamiento apelado- han sido condenados por la comisión de crímenes de lesa humanidad, tal como lo establece su reglamentación decreto 1357/04- y la jurisprudencia del Tribunal sobre la materia (Cf. Fallos: 338:815).

La concepción mantenida por el *a quo* según la cual el derecho a un haber previsional no puede ser restringido en modo alguno -ni si-

quiera suspendido en los términos de los artículos 12 y 19, inciso 4, del Código Penal- no da cuenta de aquel principio, ni de esa jurisprudencia del Tribunal. Ese defecto por sí mismo vicia, en mi opinión, la declaración de inconstitucionalidad que el recurrente objeta. La cámara no ha procedido con la diligencia que una decisión de ese tenor exige, esto es, como V.E. lo ha demandado en reiteradas ocasiones. extremando los recaudos para brindar una inteligencia de la norma infra-constitucional impugnada que, resguardando el mandato constituyente, asegure su consistencia con el derecho federal invocado (cf., entre tantos otros, Fallos: 331:1123, considerando 13, y sus citas).

Además de ese defecto fatal de fundamentación, como también lo señala el recurrente (fs. 18 vta./19), el *a quo* afirmó la existencia de una lesión al derecho de propiedad de un modo puramente abstracto, sin que se acompañara explicación alguna dirigida a demostrar el perjuicio concreto que provocaría o habría provocado la aplicación del artículo 19. inciso 4, del Código Penal, en las circunstancias específicas de cada uno de los condenados en cuya defensa se ha peticionado en este proceso la declaración de inconstitucionalidad.

En particular, la cámara pasó injustificadamente por alto, en primer lugar, que el artículo 19, inciso 4, dispone que el importe de los haberes previsionales que corresponden al condenado será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión, lo que evita que su suspensión, accesoria de la pena de prisión, genere efectos trascendentes que excedan al propio culpable de los crímenes que la han fundado. Desde esa perspectiva, el Tribunal ha descartado que aquella suspensión genere un enriquecimiento sin causa a favor del ente previsional, ya que las sumas devengadas son puestas a disposición de los parientes del condenado, lo que contribuye a excluir que la norma que la establece pueda descalificarse desde el punto de vista constitucional (Cf. dictamen de esta Procuración General, al que V.E. se remitió en la sentencia dé Fallos: 312:2315).

En el mismo sentido, tampoco observó el *a quo* que la ley 24.660, de "Ejecución de la pena privativa de la libertad", con el objetivo de evitar que medidas como la examinada -esto es, inhabilitaciones inherentes, en virtud de la regla del artículo 12 del Código Penal, a las penas privativas de la libertad mayores a tres años- pudieran obstaculizar de algún modo el reingreso a la vida social del penado, dispone que quedarán "suspendidas cuando el condenado se reintegrare a la vida libre mediante la libertad condicional o la libertad asistida" (artículo 220). Este aspecto de la regulación de la ejecución de las penas privativas

de la libertad ha sido destacado entre las consideraciones relevantes para juzgar que las inhabilidades dispuestas por las disposiciones segunda y tercera del mismo artículo 12 del Código Penal no importaban una violación de derechos fundamentales ni la aplicación de una pena vedada por la Constitución Nacional (Cf. Fallos: 340:669, especialmente, considerando 7° del voto de la mayoría, y del voto concurrente de los jueces Rosatti y Rosenkrantz).

Por otra parte, en cuanto a un supuesto peligro para la subsistencia de los condenados, la cámara omite, igualmente sin razón, que la ya citada ley 24.660 establece que el tratamiento del encarcelado deberá atender a sus condiciones personales, intereses y necesidades durante la internación y al momento del egreso (artículo 5), y que, como lo ha señalado V.E. al dictar sentencia en el caso "Méndez" (Fallos: 334:1216) -salvo una mejor interpretación que la Corte pudiera hacer de sus propios precedentes- las personas condenadas a prisión tienen un derecho federal, asegurado por el artículo 18 de la Constitución y normas internacionales de igual jerarquía, a obtener condiciones dignas de encierro carcelario con independencia de su capacidad de costearlas.

En la decisión impugnada no se advierte argumento alguno dirigido a mostrar que esas normas estuvieran siendo transgredidas en el marco concreto del tratamiento penitenciario que se está brindando a los condenados Roberto Heriberto A, Luis Armando D C y Carlos Esteban D C. En mi opinión, he de considerar que la suspensión del goce de haberes previsionales que dispone la legislación penal aplicable conlleva una afectación patrimonial efectiva o un peligro para la subsistencia de las personas sometidas a pena de prisión, es dogmática y no guarda coherencia con la totalidad de las normas que rigen la materia.

Tales deficiencias de fundamentación concurren a descalificar lo resuelto, especialmente cuando la decisión importa la declaración de invalidez constitucional de una ley (Fallos: 310;211 y 789; 326:1885 y sus citas).

-VI-

Finalmente, no se advierte ningún fundamento -ni lo aporta el *a quo* en su pronunciamiento- con base en el cual quepa postular razonablemente que la restricción cuestionada tenga la "carga infamante" que la cámara le endilga, de modo que pueda válidamente concluirse en virtud de ella que, al imponerla como parte de la inhabilitación absoluta que es inherente a toda pena de prisión mayor a tres años, el Congreso de la Nación ha violado algún derecho que la

Constitución garantiza.

En este aspecto, la cuestión que el recurrente lleva al conocimiento de V.E. es semejante a la que el Tribunal ha resuelto en el ya citado precedente registrado en Fallos: 340:669, en el que entendió, en consonancia con lo dictaminado en esa y otras ocasiones por esta Procuración General (Cf. también, dictamen *in re* M. 1375, L. XXXIX, "M, Silvestre - por inf. ley 23.737", del 10 de junio de 2004), que las incapacidades civiles que la ley impone a los condenados a penas privativas de la libertad superiores a tres años en virtud del artículo 12 del Código Penal no pueden ser calificadas como un trato inhumano o contrario a la dignidad del hombre. Su establecimiento en la ley expresa criterios de política criminal y penitenciaria que son atribución del legislador nacional, que no compete a los magistrados cuestionar -como lo ha hecho, en mi entender, el a quo en estas actuaciones- sin aportar una justificación estricta respecto de su incompatibilidad con la Constitución Nacional (Cf. Fallos 340:669, en especial, considerandos 6° y 7° comunes al voto de la mayoría y al voto concurrente de los jueces Rosatti y Rosenkrantz).

Tales consideraciones, en lo pertinente, son también aplicables *mutatis mutandis* a la consecuencia de la inhabilitación absoluta puesta en cuestión en este pleito, que corresponde en virtud de la primera disposición del mismo artículo 12 del Código Penal.

En tales condiciones y como en esa ocasión, entiendo que el pronunciamiento impugnado mediante recurso federal se apoya en fundamentos aparentes, y no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina de V.E. sobre arbitrariedad de sentencias (Fallos: 313:559; 315:29 y 321:1909, entre muchos otros).

-VII-

Por todo ello, y los demás fundamentos desarrollados por el Fiscal General en su impugnación, mantengo la queja interpuesta, salvo en lo que respecta a la situación del fallecido Luciano Benjamín M (Cf. supra, punto II). Buenos Aires,14 de mayo de 2018. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/ legajo de casación", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos –en lo pertinente- los fundamentos expuestos por el señor Procurador General de la Nación interino, a los que se remite en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Remítase al tribunal de origen para su agregación a los autos principales y para que, por medio de quien corresponda, se proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese y cúmplase.

Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti.

Recurso de queja interpuesto por el **Dr. Raúl Omar Pleé, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal.**

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

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

ROMERO, RAFAEL OSCAR Y OTROS S/ OTROS, PRIVACIÓN ILEGAL LIBERTAD PERSONAL, PRIVACIÓN ILEGAL LIBERTAD AGRAVADA (ART. 142 INC. 1), PRIVACIÓN ILEGAL LIBERTAD AGRAVADA ART. 142 INC. 5 Y INF. ART. 80 INCS. 2°, 4° Y 6°

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que revocó la prisión preventiva de los acusados pues el a quo no refutó la crítica que se dirigía a señalar la contradicción en la que había incurrido la cámara de apelaciones, al haber confirmado el procesamiento de los imputados por delitos calificados como de lesa humanidad y, al mismo tiempo, haber revocado sus prisiones preventivas con base en las dudas sobre esa calificación, en tanto la ley procesal aplicable exige el mismo estándar probatorio para ambos pronunciamientos (cf. artículos 306 y 312 del Código Procesal Penal de la Nación).

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó los procesamientos de Rafael Oscar R, Daniel Pablo A, Manuel Luis L, Juan Adolfo R y Osvaldo Néstor G como coautores de homicidio doblemente agravado por alevosía y el concurso premeditado de dos o más personas (tres hechos); de Alberto M, Alfredo V como coautores de homicidio agravado por alevosía (dos hechos); y de Miguel Enrique O como coautor de homicidio doblemente agravado por alevosía y el concurso premeditado de dos o más personas (tres hechos) y como cómplice necesario del mismo delito (un hecho). Esas imputaciones fueron calificadas como delitos de lesa humanidad.

Por otro lado, revocó la prisión preventiva de los acusados en tanto sostuvo, en primer lugar, que no resultaba “cabal y certero” el grado de convicción sobre la existencia en el caso de uno de los elementos objetivos de aquellos delitos -en concreto, su pertenencia al plan

sistemático de represión ilegal ejecutado durante el último gobierno de facto- ni del elemento subjetivo -el conocimiento de los imputados acerca de que sus conductas, en el momento en que se llevaron a cabo, integraban la ejecución de ese plan-. Estas circunstancias, según la cámara, deberán ser aclaradas durante el debate oral, pero la incertidumbre sobre la pena en expectativa que genera su escasa comprobación, según el estado actual de la causa, debía tener incidencia sobre la libertad provisional de los imputados.

A ello se añadió que no se advertían razones de peso para considerar verificado el riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación (Cf. fs. 2/11).

La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal confirmó, por mayoría, esa decisión. Por un lado, el juez Gemignani señaló que la recurrente no había logrado demostrar la arbitrariedad de lo resuelto, al no haber rebatido las dudas expuestas por la cámara de apelaciones en cuanto a la pertenencia de los hechos al plan sistemático de represión ilegal ejecutado durante el último gobierno de facto. En el mismo sentido, el juez Hornos afirmó que a los procesados no se les imputan desapariciones forzadas o torturas, ni se les atribuye haber actuado de forma clandestina. A lo que añadió que resultará importante el debate en juicio para determinar si los hechos del caso integraron el plan de represión ilegal ya mencionado, y, por último, que la recurrente no aportó fundamentos que permitirían concluir que "en estos puntuales hechos corresponde la restricción cautelar de la libertad de los procesados" (Cf. fs. 7 vta./8 vta. y 12 vta./13).

El señor Fiscal General interpuso recurso extraordinario contra esa resolución del *a quo* (fs. 14/30 vta.), cuyo rechazo (fs. 61/62) motivó la presente queja (fs. 63/66).

-II-

En mi opinión, el recurso federal interpuesto debía ser declarado formalmente admisible por aplicación de la jurisprudencia de V.E. en la materia (Cf., entre otras sentencias, V. 261, XLV, "Vigo, Alberto Gabriel s/causa nº 10.919", del 14 de septiembre de 2010; J. 35, XLV, "Jabour, Yamil s/ recurso de casación", del 30 de noviembre de 2010; G. 1162, XLIV, "Guevara, Aníbal Alberto s/causa 8222", del 8 de febrero de 2011).

En consecuencia, entiendo que la queja es procedente.

-III-

En cuanto al fondo del asunto, advierto que, como surge de la decisión impugnada mediante recurso federal, la representante de este Ministerio Público recurrió lo resuelto por la cámara de apelaciones al sostener, entre otros fundamentos, que era contradictorio, pues si bien se había confirmado el procesamiento de los imputados por delitos calificados como de lesa humanidad, luego se habían revocado sus prisiones preventivas con base en la posibilidad de que esa calificación fuera descartada tras el debate oral (Cf. fs. 2 vta./3).

Como se ha dicho (Cf. *supra*, punto I), el *a quo* no hizo lugar a la impugnación de la recurrente con el argumento de que no había rebatido las dudas expuestas por la cámara de apelaciones para sostener la posibilidad de que en la sentencia definitiva se modificara la calificación de los hechos impuesta en el procesamiento de los imputados. Pero al resolver de ese modo, no dio respuesta al agravio planteado, pues la crítica no se dirigía a discutir la posibilidad de aquella modificación, sino a señalar la contradicción en la que había incurrido la cámara de apelaciones, al haber confirmado el procesamiento de los imputados por delitos calificados como de lesa humanidad y, al mismo tiempo, haber revocado sus prisiones preventivas con base en las dudas expuestas sobre esa calificación, cuando la ley procesal aplicable exige el mismo estándar probatorio para ambos pronunciamientos (Cf. artículos 306 y 312 del Código Procesal Penal de la Nación). Por lo tanto, no puede concluirse, sin contradicción, que la imputación es lo suficientemente probable como para dar fundamento al auto de procesamiento, pero que no lo es para justificar la prisión cautelar.

En síntesis, observo en el caso uno de los supuestos de arbitrariedad, de acuerdo con la consolidada doctrina del Tribunal a ese respecto, pues si bien no desconozco que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos, resulta insostenible tanto el fallo que carece de fundamentación como el que omite valorar planteos serios y conducentes para la adecuada solución del litigio (Fallos: 268:266; 314:685; 321:2990, entre muchos otros).

-IV-

Por todo ello, y las demás consideraciones desarrolladas por el señor Fiscal General, mantengo la presente queja. Buenos Aires, 12 de noviembre de 2018. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Romero, Rafael Oscar y otros s/ otros, privación ilegal libertad personal, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada art. 142 inc. 5 y inf. art. 80 incs. 2°, 4° y 6°", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados por el señor Procurador General de la Nación interino, en oportunidad de mantener en esta instancia el recurso del Fiscal General, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, concordemente con lo expresado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Remítase al tribunal de origen para su agregación a los autos principales y, para que, por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y cúmplase.

Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por **Ricardo Gustavo Wechsler, 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: **Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal.**

MOSCHELLA, ETHEL MARY c/ ANSeS s/ Ejecución previsional

RECURSO EXTRAORDINARIO

No resulta aplicable la jurisprudencia de la Corte según la cual las resoluciones dictadas en los procesos de ejecución de sentencia y tendientes a hacerla efectiva, no son el fallo final requerido por el art. 14 de la ley 48, pues la actora cuenta a la fecha con más de 95 años y esa doctrina podría tornar ilusorios los derechos alimentarios por ella reclamados.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien los agravios de la recurrente remiten al examen de aspectos de índole fáctica y de derecho procesal, materia extraña al recurso extraordinario, cabe hacer excepción a esa regla cuando el fallo apelado omite el tratamiento de cuestiones planteadas conducentes para la adecuada solución del litigio.

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia si el a quo desechó, con afirmaciones genéricas referidas a su fundamentación, el planteo de la actora vinculado con la falta de inclusión en el cálculo pericial de dos de las tres líneas de servicios prestados por el causante, lo cual afectaba gravemente el nivel inicial del beneficio previsional y le causaba un perjuicio de muy difícil o imposible reparación ulterior, en tanto la exclusión efectuada no puede justificarse ya que en la causa había información suficiente para realizar una correcta peritación y no existía controversia entre las partes sobre la efectiva prestación de los servicios omitidos ni sobre sus remuneraciones, sino por el contrario, esos salarios habían sido oportunamente considerados en sede administrativa para determinar la jubilación y también empleados en todas las liquidaciones presentadas en el proceso de ejecución.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de marzo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Moschella, Ethel Mary c/ ANSeS s/ ejecución previsional", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que con fecha 1° de julio de 1992, la Sala III de la ex Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social dictó sentencia de reajuste del haber a favor de quien en vida fuera el esposo de la actora. La jubilación recompuesta había sido otorgada por el organismo previsional tomando en consideración las tareas desarrolladas por el peticionario en la empresa Ferrocarriles Argentinos, en la Comisión Mixta Ferroviaria Argentino-Boliviana y en la Universidad Nacional de La Plata. Luego del fallecimiento de su marido, la titular de autos, en calidad de pensionada, inició el presente trámite en el año 1997, con el objeto de obtener su cumplimiento.

2°) Que la Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social revocó la providencia de la instancia anterior que había aceptado la liquidación confeccionada por la actora y aprobó la elaborada por el perito contable del fuero. Contra ese pronunciamiento, la pensionada dedujo recurso extraordinario que, al ser denegado, motivó la presente queja. Se agravia de que la cámara no haya dado tratamiento a sus impugnaciones a esa cuenta y que haya modificado aspectos que no habían sido propuestos a la decisión de los jueces y sobre los cuales las partes no habían debatido.

3°) Que en el caso no resulta aplicable la conocida jurisprudencia de este Tribunal según la cual las resoluciones dictadas en los procesos de ejecución de sentencia y tendientes a hacerla efectiva, no son el fallo final requerido por el art. 14 de la ley 48, pues la actora cuenta a la fecha con más de 95 años y esa doctrina podría tornar ilusorios los derechos alimentarios por ella reclamados (conf. Fallos: 332:1928; 339:649 y 1808).

4°) Que si bien los agravios de la recurrente remiten al examen de aspectos de índole fáctica y de derecho procesal, materia extraña

al recurso extraordinario, cabe hacer excepción a esa regla cuando el fallo apelado omite el tratamiento de cuestiones planteadas conducentes para la adecuada solución del litigio (Fallos: 233:147; 251:518; 255:132; 312:2249; 319:992; 342:259).

5°) Que ello es así ya que el *a quo* desechó, con afirmaciones genéricas referidas a su fundamentación, el planteo de la actora vinculado con la falta de inclusión en el cálculo pericial de dos de las tres líneas de servicios prestados por el causante (fs. 444/445 de las actuaciones principales), lo cual afectaba gravemente el nivel inicial del beneficio y le causaba un perjuicio de muy difícil o imposible reparación ulterior.

6°) Que, en efecto, las remuneraciones anuales empleadas por el experto son inferiores a las oportunamente tomadas por la ANSeS. El informe que acompañó la cuenta indica que no tuvo a la vista la totalidad de los expedientes administrativos, por lo cual decidió utilizar únicamente las certificaciones agregadas a la causa, que correspondían a una de las tres relaciones laborales acreditadas. Esto derivó en una merma significativa del nivel inicial del beneficio del causante (fs. 411 y 428 de las actuaciones principales) y, en consecuencia, del haber de pensión.

7°) Que le asiste razón a la recurrente cuando señala que la exclusión efectuada en el cómputo no puede justificarse, pues en la causa había información suficiente para realizar una correcta peritación y no existía controversia entre las partes sobre la efectiva prestación de los servicios omitidos ni sobre sus remuneraciones. Por el contrario, esos salarios habían sido oportunamente considerados en sede administrativa para determinar la jubilación y también empleados en todas las liquidaciones presentadas en el proceso de ejecución (fs. 221 y 384 de las actuaciones principales).

8°) Que en las condiciones expuestas, la decisión de la alzada de desestimar por falta de fundamento la impugnación formulada por la actora, que además hallaba confirmación en el informe pericial, impide considerar el fallo como un acto jurisdiccional válido y lleva a su desestimación, solución que torna inoficioso el tratamiento de las restantes objeciones de la apelante.

Por ello, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los au-

tos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Con costas a la ejecutada. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por **Ethel Mary Moschella**, representada por el **Dr. Agustín Héctor De Antoni.**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social n° 9.**

ULLATE, SERGIO RAÚL C/ PROVINCIA DE CÓRDOBA Y OTROS S/ AMPARO LEY 16.986

CITACION DE TERCEROS

La aplicación del instituto procesal de citación de tercero es de interpretación restrictiva, especialmente cuando mediante su resultado podría quedar librado al resorte de los litigantes la determinación de la jurisdicción originaria de la Corte, que es de carácter excepcional.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

No procede la competencia originaria por ser parte una provincia, puesto que no se verifica en el caso el requisito de distinta vecindad exigido por el art. 116 de la Constitución Nacional y el art. 24 inc. a del decreto-ley 1285/58 y los elementos que deben examinarse a los efectos de la resolución del caso son de derecho público local, y requieren del examen o la revisión de actos administrativos, legislativos o jurisdiccionales de las autoridades provinciales.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Resulta ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema si de los términos en los que ha sido formulada la demanda, surge que la intervención en el pleito del Comité Interjurisdiccional de la Región Hídrica del Noroeste de la Llanura Pampeana solo tiene carácter nominal y no sustancial, desde que la actora no individualiza actos u omisiones de parte del organismo interjurisdiccional relacionados con los hechos que dan lugar a su reclamo.

CITACION DE TERCEROS

Es improcedente la citación de terceros - Estado Nacional (Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable), Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, Dirección Provincial de Saneamiento y Obras Hidráulicas de la Provincia de Buenos Aires- por cuanto la actora no aporta argumento alguno que justifique su pedido, y no se configura en el caso una comunidad de controversia que justifique su incorporación al proceso, en tanto no surge de los elementos aportados al expediente que la obra cuestionada hubiese causado impacto ambiental sobre alguna de las jurisdicciones requeridas.

ACCION DE AMPARO

La acción de amparo, de manera general, puede tramitar en la instancia de la Corte, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el arto 24, inc. 1, del decreto-ley 1285/58) porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986.

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

COMPETENCIA

Las causas referidas a cuestiones ambientales, en principio, corresponden a la competencia de los jueces locales, según lo dispone el art. 41, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, pues él establece que le

cabe a de la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas; dicho texto constitucional se complementa con el art. 32 de la Ley General del Ambiente, 25.675, que prescribe que la competencia judicial será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia.

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

MEDIO AMBIENTE

Las causas referidas a cuestiones ambientales sólo tramitarán ante la competencia originaria de la Corte si, además de ser parte una provincia, la materia del pleito reviste naturaleza exclusivamente federal, para lo cual es necesario que se configure la interjurisdiccionalidad prevista en el art. 7°, segundo párrafo, de la Ley General del Ambiente, que dispone que la competencia corresponderá a los tribunales federales cuando el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales.

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

MEDIO AMBIENTE

A los fines de determinar la procedencia de la competencia federal en razón de la materia ambiental, hay que delimitar el ámbito territorial afectado pues, como lo ha previsto el legislador nacional, aquélla corresponde cuando está en juego un recurso ambiental interjurisdiccional o un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial.

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

COMPETENCIA FEDERAL

La definición de la naturaleza federal del pleito debe ser realizada con especial estrictez, por lo que resulta imprescindible demostrar, con alguna evaluación científica, la efectiva contaminación o degradación -según los términos de la Ley General del Ambiente- del carácter interjurisdiccional de tal recurso, esto es, la convicción debe necesariamente surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá sostener la pretendida interjurisdiccionalidad o, en su defecto, la de

alguna evidencia que pruebe que resulta verosímil la afectación de las jurisdicciones involucradas.

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

MEDIO AMBIENTE

La causa es ajena a la competencia originaria de la Corte, toda vez que el actor no logra demostrar cuál sería el recurso natural de carácter interjurisdiccional que se encontraría presuntamente afectado y tampoco delimita los suelos que estarían eventualmente contaminados, pues sólo hace una referencia genérica que los líquidos contaminados son vertidos de modo directo en fundos rurales de dos provincias y transcribe un informe del Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal en el que sólo se afirma que es probable la migración de contaminación a las napas subterráneas, sin que quede acreditada la interjurisdiccionalidad alegada.

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

MEDIO AMBIENTE

La acción de amparo "preventivo y correctivo" tendiente a que se declare la nulidad de las obras de canalización y liberación de residuos peligrosos contenidos en la Laguna de Gregoris al momento de su inicio debe ser ventilado ante la justicia local de la Provincia de Córdoba, en cuanto son las autoridades provinciales quienes competencia en materia de poder de policía medio ambiental de conformidad con los arts. 41, párrafo 3, 121 y siguientes de la Constitución Nacional, sin que se encuentre en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal en forma directa e inmediata.

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

MEDIO AMBIENTE

El respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que versen, en lo sustancial, sobre aspectos propios del derecho provincial, es decir, que se debe tratar previamente en jurisdicción local la cuestión alegada, sin perjuicio de que los asuntos federales que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela

por la vía del recurso extraordinario previsto en el arto 14 de la ley 48.

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

MEDIO AMBIENTE

No procede la competencia originaria ratione personae, ya que la acumulación subjetiva de pretensiones que intenta efectuar el actor contra el Comité Interjurisdiccional de la Región Hídrica del Noroeste de la Llanura Pampeana, que fue demandado, y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, que fue citado como tercero, es inadmisible, toda vez que ninguna de las partes que conforman el litisconsorcio pasivo· resulta aforada en forma autónoma a la instancia originaria, ni existen motivos suficientes para concluir que dicho litisconsorcio pasivo sea necesario, según el art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-1-

Sergio Raúl Ullate, en su carácter de damnificado directo de la contaminación denunciada en los autos "N.N. sobre Infracción a la Ley 24.051 (art. 55). Querellante: Busso Eduardo Miguel", causa nro. FCB27875/2017, en trámite ante el Juzgado Federal de Río Cuarto, Provincia de Córdoba, dedujo acción de amparo "preventivo y correctivo", contra dicha provincia, Municipio de Serrano y el Comité Interjurisdiccional de la Región Hídrica del Noroeste de la Llanura Pampeana, ante ese mismo juzgado.

Señaló que interpone dicha acción a fin de que se declare la nulidad de las obras de canalización y liberación de residuos peligrosos contenidos en la Laguna de Gregoris al momento de su inicio. En particular, solicitó que: a) se ordene la inmediata realización de los estudios de impacto ambiental sobre las obras de desagote de la Laguna de Gregoris; b) se ordene a la Provincia de Córdoba la inmediata realización de obras que retrotraigan la situación ambiental a la que existía antes de construirse el canal de desagote que se dirige

al fundo rural en el que realiza su actividad profesional y comercial, de manera de mantener dentro de la Laguna de Gregoris los líquidos contaminados; c) se ordene al Comité Interjurisdiccional de la Región Hídrica del Noroeste de la Llanura Pampeana realizar las pertinentes tareas de fiscalización sobre las napas que rodean al establecimiento de cría porcina La Paloma SRL ubicado a la vera de la laguna mencionada, y efectuar las obras que retrotraigan el estado de cosas al momento anterior y dejen sin efecto el trasvasamiento provocado por la canalización hídrica mencionada, a fin de impedir que el líquido contaminante contenido en la Laguna de Gregoris continúe siendo conducido hacia donde se encuentra su lugar de trabajo y vivienda; y d) se ordene a la Provincia de Córdoba que establezca y ponga en funcionamiento el sistema previsto en la ley 25.831 de Acceso a la Información Pública Ambiental.

Indicó que dicha obra, lesiona, restringe, altera y amenazan, en forma inminente, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, sus derechos y garantías constitucionales a la salud, a la igualdad, al acceso al agua potable, a un ambiente sano y equilibrado, al desarrollo humano, a la participación en la elaboración, aprobación e implementación de proyectos hídricos, a la consulta previa y al acceso a la información pública ambiental y, por lo tanto, los arts. 19 inc. 1° y 59 de la Constitución Provincial, 1°, 16, 41 y 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, 3 y 4, párr. 2, de la ley 25.831 de Acceso a la Información Pública Ambiental, 2.c y 2.i de la ley 25.675 General del Ambiente.

Advirtió que en la causa "N. N. sobre Infracción a la Ley 24.051 (art. 55). Querellante: Busso Eduardo Miguel", causa nro. FCB27875/2017, que ofreció como prueba informativa (solicitando su remisión *ad efectum videndi*), se constató la gran presencia de peces muertos en la Laguna de Ullate y, además, indicó que la Dirección de Calidad Ambiental y Recomposición del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación ha concluido que las características del efluente del criadero de cerdos La Paloma S.R.L. resultan consistentes con el proceso de contaminación que afectó a la Laguna de Gregoris, a la Laguna de Ullate y al canal que las conecta y que el caso que nos ocupa se trata de un daño ambiental respecto del cual resulta exigible la obligación constitucional de recomponer y que es posible afirmar que las acciones que derivaron de dicha contaminación son encuadrables en las que tipifica el art. 55 de la ley nacional 24.051.

Destacó que en el informe de la Policía Federal Argentina, producido en dicha causa penal, se indicó la presencia de metales pesados y muy por encima de lo permitido legalmente en el establecimiento La

Paloma SRL, quien reutiliza los efluentes provenientes de su actividad para uso agronómico (v. 18 vta.) y que en el informe elaborado por el Departamento de Delitos Ambientales se concluye que "Respecto de la interjurisdiccionalidad…, es probable la migración de contaminación a las napas subterráneas debido a los procesos de fluctuación carga y descarga que poseen laguna-napas".

Además, adujo que la obra de liberación de residuos peligrosos se ejecutó sin ajustarse a los términos de las leyes 25.675 (arts. 11 a 13) y 10.208 provincial (art. 15), por lo que la califica de "clandestina", puesto que no se presentó estudio de impacto ambiental, ni fue sometida a una evaluación de impacto ambiental, ni obtuvo la declaración de impacto ambiental y tampoco se la sometió a audiencia pública, por lo que solicitó la suspensión de la actividad (arts. 30, párr..3° y 11 de la ley 25.675).

Fundó su acción en los arts. 43, párr. 2°, de la Constitución Nacional, 43 de la Constitución Provincial y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Solicitó la citación como terceros del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación y del Defensor del Pueblo, del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos y de la Dirección de Saneamiento y Obras Hidráulicas de la Provincia de Buenos Aires.

Además, peticionó el dictado de una medida cautelar por la cual se ordene la inmediata realización de tareas que retrotraigan la obras de canalización de efluentes provenientes de la Laguna de Gregoris, bloqueando el paso de agua y la restitución de tales obras al momento previo a su inicio, de modo de impedir que continúe propagándose líquido contaminante contenido en aquel reservorio, con fundamento en el principio de prevención del art. 4° de la ley 25.675, y se ordene de manera inmediata a la provincia demandada brindar información vinculada con las obras de referencia, a fin de restablecer el derecho de acceso a la información pública ambiental.

En subsidio, solicitó que se lo autorice a realizar las obras que retrotraigan la canalización clandestina de residuos peligrosos al momento previo a su realización, mediante la obturación de la conexión de la laguna con el canal y la alcantarilla construida bajo la ruta Nº 4.

A fs. 32/35, el juez federal se declaró incompetente -de conformidad con el dictamen de la fiscal del fuero (v. fs. 31)- por corresponder la causa, a su entender, a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en razón de las personas, de conformidad con el art. 117 de la Constitución Nacional.

A fs. 37 se corre vista, por la competencia, a esta Procuración General.

-II-

Ante todo, corresponde señalar que no resulta prematura la declaración de incompetencia que efectuó oportunamente -a mi juicio- el juez federal a fs. 31/34.

En efecto, ello es así en virtud de los fundamentos expuestos en el dictamen de este Ministerio Público del 20 de julio de 2006 *in re* A. 373, XLII., Originario "A.F.I.P. c/ Neuquén, Provincia del s/ ejecución fiscal", publicado en Fallos: 331: 793, a los que me remito *brevitatis causae*.

-III-

Cabe recordar que el Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58) porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986 (Fallos: 312:640; 313:127 y 1062; 322:1514; 330:3773 y 340:1078, entre muchos otros).

Sentado lo expuesto, entiendo que ante todo se debe determinar si en autos se configuran dichos requisitos.

Por regla general, las causas referidas a cuestiones ambientales, en principio, corresponden a la competencia de los jueces locales, según lo dispone el art. 41, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, pues él establece que le cabe a la Nación *"dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección"* y reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas. Dicho texto constitucional se complementa con el art. 32 de la Ley General del Ambiente, 25. 675, que prescribe que la competencia judicial *"será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia"* (v. también Fallos: 318:992).

Sentado lo expuesto, entiendo que estas causas sólo tramitarán ante la competencia originaria de la Corte si, además de ser parte una provincia, la materia del pleito reviste naturaleza exclusivamente federal, para lo cual es necesario que se configure la interjurisdiccionalidad prevista en el art. 7°, segundo párrafo, de la Ley General

del Ambiente, que dispone que la competencia corresponderá a los tribunales federales cuando *"el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales"*. Tal circunstancia, a mi modo de ver, no se cumple en autos.

En ese sentido, es dable resaltar que la Corte, a través de distintos precedentes, ha delineado los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar la procedencia de dicha competencia federal en razón de la materia ambiental, establecer que, en primer término, hay que delimitar el ámbito territorial afectado pues, como lo ha previsto el legislador nacional, aquélla corresponde cuando está en juego un recurso ambiental interjurisdiccional (Fallos: 327:3880 y 329:2316) o un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial (Fallos: 330:4234; 331:1679).

Asimismo, es preciso recordar que la definición de la naturaleza federal del pleito debe ser realizada con especial estrictez, por lo que resulta imprescindible demostrar, con alguna evaluación científica, la efectiva contaminación o degradación -según los términos de la Ley General del Ambiente- del carácter inter jurisdiccional de tal recurso, esto es, convicción debe necesariamente surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá sostener la pretendida interjurisdiccionalidad, o, en su defecto, la de alguna evidencia que pruebe que resulta verosímil la afectación de las jurisdicciones involucradas (Fallos: 329:2469 y 330:4234).

En el *sub lite*, a mi modo de ver, el actor no logra demostrar cuál sería el recurso natural de carácter interjurisdiccional que se encontraría presuntamente afectado y tampoco delimita los suelos que estarían eventualmente contaminados, pues sólo hace una referencia genérica que "los líquidos contaminados son vertidos de modo directo en fundos rurales de las Provincias de Córdoba y de Buenos Aires (...)" (v. fs. 16) y luego transcribe un informe del Departamento de Delitos Ambientales de la Policía Federal, producido en la causa penal "N. N. sobre Infracción a la Ley 24.051 (art. 55). Querellante: Busso Eduardo Miguel", causa nro. FCB27875/2017, en trámite ante el Juez Federal de Río Cuarto, en el que sólo se afirma que es probable la migración de contaminación a las napas subterráneas (18/18 vta.). Asimismo, tampoco resultan suficientes los elementos de prueba y los documentos producidos en la causa FMZ 46829/2018/ CS1 "Martínez, Pablo c/ Provincia de Córdoba y otros s/ amparo ambiental", sobre el mismo hecho, que tengo a vista, pues no queda demostrada la interjurisdiccionalidad alegada.

Lo anterior determina que el planteamiento del actor debe ser ventilado ante la justicia local de la Provincia de Córdoba, en cuanto son las autoridades provinciales quienes tienen la competencia en materia de poder de policía medio ambiental, de conformidad con los arts. 41, párrafo 3°, 121 y siguientes de la Constitución Nacional, sin que se encuentre en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal en forma directa e inmediata (arts. 116 de la Constitución Nacional y 2°, inc. 1° de la ley 48 y Fallos: 318:992; 323:3859; 328:68; 329:2280, entre otros).

Ello tiene su fundamento en el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, que exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que versen, en lo sustancial, sobre aspectos propios del derecho provincial, es decir, que se debe tratar previamente en jurisdicción local la cuestión alegada, sin perjuicio de que los asuntos federales que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48 (Fallos: 310:295 y 2841; 311:1470; 314:620 y 810; 318:2534 y 2551; 324:2069; 325:3070).

Tampoco procede la competencia originaria *ratione personae*, ya que la acumulación subjetiva de pretensiones que intenta efectuar el actor contra el Comité Interjurisdiccional de la Región Hídrica del Noroeste de la Llanura Pampeana, que fue demandado en autos, y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, que fue citado como tercero, es inadmisible, toda vez que ninguna de las partes que conforman el litisconsorcio pasivo resulta aforada en forma autónoma a esta instancia, ni existen motivos suficientes, a mi modo de ver, para concluir que dicho litisconsorcio pasivo sea necesario, según el art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (conf. doctrina *in re "Mendoza, Beatriz"* Fallos: 329:2316, cons. 16 y siguientes, y *"Rebull'* Fallos: 329:2911).

En razón de lo expuesto y dada la índole taxativa de la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional y su imposibilidad de ser extendida, por persona o poder alguno, según el criterio adoptado por el Tribunal en el precedente *"Sojo"*, publicado en Fallos: 32:120, y reiterado en Fallos: 270:78; 285:209; 302:63; 322:1514; 323:1854; 326:3642, entre muchos otros, opino que este proceso resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte. Buenos Aires, 7 de febrero de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de marzo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que esta Corte comparte los argumentos y la conclusión de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

2°) Que en base a esos mismos argumentos, es dable agregar que, de los términos en los que ha sido formulada la demanda, surge que la intervención en el pleito del Comité Interjurisdiccional de la Región Hídrica del Noroeste de la Llanura Pampeana solo tiene carácter nominal y no sustancial, desde que la actora no individualiza actos u omisiones de parte del organismo interjurisdiccional relacionados con los hechos que dan lugar a su reclamo. (Fallos: 326:3642; 327:2512; 330:610, entre otros)

3°) Que respecto a los terceros cuya citación se requiere – Estado Nacional (Ministerio de Ambiente y Control del Desarrollo Sustentable), Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, Dirección Provincial de Saneamiento y Obras Hidráulicas de la Provincia de Buenos Aires-, no se justifica la admisión del planteo.

Ello, por cuanto la actora no aporta argumento alguno que justifique su pedido, y no se configura en el caso una comunidad de controversia que justifique su incorporación al proceso, en tanto no surge de los elementos aportados al expediente que la obra cuestionada hubiese causado impacto ambiental sobre alguna de las jurisdicciones requeridas.

4°) Que resulta pertinente recordar que la aplicación del instituto procesal de citación de tercero es de interpretación restrictiva, especialmente cuando mediante su resultado podría quedar librado al resorte de los litigantes la determinación de la jurisdicción originaria de la Corte, que es de carácter excepcional (Fallos: 327:4768).

5°) Que tampoco procede la competencia originaria por ser parte una provincia, puesto que no se verifica en el caso el requisito de

distinta vecindad exigido por el art. 116 de la Constitución Nacional y el art. 24 inc. a del decreto-ley 1285/58 y los elementos que deben examinarse a los efectos de la resolución del caso son de derecho público local, y requieren del examen o la revisión de actos administrativos, legislativos o jurisdiccionales de las autoridades provinciales.

6°) Que, frente a la incompetencia originaria definida precedentemente, la demanda seguida contra la Provincia de Córdoba y el municipio de Serrano, deberá continuar su trámite ante la justicia local.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar que la presente causa no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; II. Remitir el expediente al Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba a fin de que, conforme lo resuelto, decida lo concerniente el tribunal que entenderá en la causa, con arreglo a las disposiciones locales de aplicación. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Parte actora (única presentada): **Sergio Raúl Ullate,** con el patrocinio letrado de la **Dra. María Constanza Busso.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Federal de Río Cuarto, Provincia de Córdoba.**

ABRIL

BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES C/
BOULLHENSEN, PEDRO ARMANDO S/ OTROS - EJECUTIVO S/
INCIDENTE DE APELACIÓN (ART. 250 C.P.C.C.)

TASA DE JUSTICIA

Si el Banco de la Provincia de Buenos Aires acude a los tribunales nacionales o federales para hacer valer los derechos que considera que le asisten, debe someterse a las reglas procesales que resultan aplicables a quienes litigan ante tales tribunales y a las cargas económicas establecidas al respecto por las normas nacionales, entre las que se encuentra la tasa de justicia regulada por la ley 23.898 y sus modificatorias (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco que remite al voto en disidencia de la jueza Highton de Nolasco en el precedente "Banco de la Provincia de Buenos Aires" (Fallos: 336:539)).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario resulta formalmente admisible, toda vez que se encuentra en tela de juicio la inteligencia de normas de naturaleza federal y lo resuelto es adverso al derecho que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48) (Voto del juez Lorenzetti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Cuando se encuentra en discusión el alcance que corresponde asignar a una norma de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Voto del juez Lorenzetti).

PROVINCIAS

No resulta dudoso que una disposición normativa tan especial como el art. 7º del Pacto de San José de Flores, en tanto afecta a la perfecta igualdad institucional y a la semejante entidad jurídica de todas las provincias, ha de ser interpretada estrictamente (Voto del juez Lorenzetti).

TASA DE JUSTICIA

El análisis e interpretación de las normas involucradas en el caso impiden concluir que la exigencia del pago de la tasa de justicia establecida en la ley 23.898 al Banco de la Provincia de Buenos Aires haya afectado la reserva formulada en la última parte del art. 121 de la Constitución Nacional y lo dispuesto en el art. 7° del Pacto de San José de Flores (Voto del juez Lorenzetti).

TASA DE JUSTICIA

El Banco de la Provincia de Buenos Aires se encuentra obligado al pago de la tasa de justicia en una causa promovida ante la justicia nacional, toda vez que una interpretación extensiva como la que se pretende, tanto del Pacto de San José de Flores -por el cual la provincia se reservó el derecho de legislar y gobernar en forma exclusiva su banco- como de la doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno de un Estado -que los coloca fuera del poder impositivo de otro si con ello se frustra el desarrollo de su actividad-, lleva a desnaturalizar su sentido histórico y el alcance que corresponde darles (Voto del juez Lorenzetti).

TASA DE JUSTICIA

Corresponde revocar la sentencia que consideró que la actora no se encontraba beneficiada por ninguna dispensa para negarse al pago de la tasa de justicia si el Banco de la Provincia de Buenos Aires, sus bienes, actos, contratos y operaciones y derechos que de ellos emanen a su favor, están exentos de todo gravamen, impuesto, carga o contribución de cualquier naturaleza (art. 4° de la Carta Orgánica, ley 9434) y estas dispensas, concedidas por la Provincia a su Banco, deben ser respetadas por las autoridades nacionales, pues gozan de la misma supremacía que corresponde a las disposiciones de orden constitucional sobre las

leyes nacionales y provinciales, a mérito de los dispuesto por los arts. 31 y 104 de la Carta Fundamental y 2 y 3 de la ley 1029, sin que corresponda efectuar distinción alguna entre "impuestos" y "tasas" a la luz de la redacción amplia empleada por el legislador local (Disidencia del juez Maqueda que remite al precedente "Banco de la Provincia de Buenos Aires" (Fallos: 336:539).

TASA DE JUSTICIA

Corresponde hacer lugar a la oposición al pago de la tasa de justicia formulada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, pues una interpretación diferente equivaldría en la práctica a declarar inconstitucional una cláusula constitucional —art. 31 de la Norma Fundamental— que obliga al Poder Judicial como poder constituido (Disidencia del juez Rosatti).

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Si la declaración de inconstitucionalidad de un acto de los poderes constituidos es una decisión de suma gravedad que debe ser considerada como ultima ratio del ordenamiento jurídico, para el que se requiere una prueba tan clara y precisa como sea posible, con mayor severidad aún debe ser considerado el intento de descalificar un acto del poder constituyente (Disidencia del juez Rosatti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Boullhensen, Pedro Armando s/ otros - ejecutivo s/ incidente de apelación (art. 250 C.P.C.C.)".

Considerando:

Que las cuestiones planteadas son sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas por esta Corte en la causa "Banco de la Provin-

cia de Buenos Aires c/ Estado Nacional –Ministerio de Economía - dto. 905/02" (Fallos: 336:539), disidencia de la jueza Highton de Nolasco, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas por su orden en razón de la índole de la cuestión debatida y las particularidades del caso. Notifíquese y devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda (en disidencia)– Ricardo Luis Lorenzetti (según su voto)– Horacio Rosatti (en disidencia).

Voto concurrente del Señor Ministro Doctor Don Ricardo Luis Lorenzetti

Considerando:

1°) Que la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, al confirmar lo decidido en la instancia anterior, rechazó la oposición al pago de la tasa de justicia (ley 23.898) formulada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires (fs. 267/267 vta.).

2º) Que contra dicho pronunciamiento, el Banco de la Provincia de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal. En sus agravios el recurrente solicita que se aplique la doctrina que surge del precedente de Fallos: 336:539, sentencia del 4 de junio de 2013.

El recurso fue concedido con el alcance que surge del auto de fs. 164/164 vta.

3º) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible, toda vez que se encuentra en tela de juicio la inteligencia de normas de naturaleza federal y lo resuelto es adverso al derecho que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

4º) Que cabe recordar que esta Corte ha señalado que cuando se encuentra en discusión el alcance que corresponde asignar a una norma de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 307:1457; 308:647; y 320:1915, entre muchos otros).

5°) Que la cuestión que se plantea en los presentes autos radica en interpretar el sentido y alcance de los arts. 121 de la Constitución Nacional, 7° del Pacto de San José de Flores y 4° de la Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires —ley provincial 9434—, frente a la aplicación de la ley nacional 23.898 de tasas judiciales.

Puntualmente, el debate se circunscribe a determinar si el art. 121 de la Constitución Nacional, relativo a las competencias provinciales reservadas "por pactos especiales al tiempo de su incorporación"; el 7° del Pacto de San José de Flores, en cuanto establece que "todas las propiedades de la Provincia que le dan sus leyes particulares como sus establecimientos públicos de cualquier clase y género que sean, seguirán correspondiendo a la provincia de Buenos Aires y serán gobernadas y legisladas por la autoridad de la Provincia"; y el 4° de su carta orgánica, que dispone una exención de "todo gravamen" en favor de dicha entidad, amparan la pretensión de la entidad bancaria provincial de eximirse del pago de la tasa de justicia en una causa promovida ante la justicia nacional en lo comercial.

6º) Que el art. 121 de la Constitución Nacional —art. 104 según el texto anterior a la reforma de 1994—, prevé que "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación". Como fue especificado en el precedente de Fallos: 337:205 (voto del juez Lorenzetti) "…es necesario acudir a la historia para apreciar el significado de esa reserva (…) refiérese a la reserva estipulada en el convenio del 11 de noviembre de 1859 […] la Provincia reincorporada se proponía conservar sus anteriores derechos sobre su Banco de Estado (Joaquín V. González, 'Manual de la Constitución', Ángel Estrada y Cía., décimo tercera edición, p. 673)". Asimismo, en dicho fallo se precisó, sobre este punto, que "[l]a convención examinadora provincial de la Constitución sancionada el 1º de mayo de 1853 quiso que el Pacto de San José de Flores fuera puesto 'bajo la salvaguarda de la Constitución' y 'garantido

por la Constitución misma' —en el entendimiento de que ello 'salvaba inmensas dificultades' y resolvía 'cuestiones prácticas de la actualidad'—, y así fue resuelto mediante la referencia concreta incluida en la última parte del art. 101 (ver informe de dicha comisión examinadora, en la obra 'Reforma constitucional de 1860, textos y documentos fundamentales', Universidad Nacional de La Plata, Instituto de Historia Argentina 'Ricardo Levene', 1961, p. 407), que fue el art. 104 en el texto constitucional de 1860".

Desde entonces, la Provincia de Buenos Aires ha acudido a la reserva del art. 7º del pacto para afirmar su derecho de legislar y gobernar el banco provincial y declararlo exento de impuestos nacionales y de las regulaciones de orden laboral y de seguridad social dictadas para instituciones de crédito que no gozan de sus privilegios constitucionales, y, con igual fundamento, ha invocado la exención de afectaciones fiscales con respecto al telégrafo provincial (Fallos: 170:12; 177:13; 186:170; 239:251; 256:588; 276:432; 280:304 y 330:4988). Es dable recordar que en el mencionado pacto se declaró que la Provincia de Buenos Aires era parte integrante de la Confederación Argentina (art. 1º).

7°) Que acerca de la parte final del art. 121 de la Constitución Nacional y su relación con el Pacto de San José de Flores, en el precedente citado *ut supra* (voto del juez Lorenzetti) se señaló que "...pueden hallarse opiniones de diverso contenido entre los comentaristas de la Ley Fundamental. Algunas de esas opiniones presentan un tono severamente crítico. Se ha dicho, por ejemplo, que 'envuelve una verdadera anfibología y poco menos que un contrasentido en el texto constitucional' (José Manuel Estrada, 'Curso de Derecho Constitucional', Compañía Sudamericana de Billetes de Banco, 1902, tomo tercero, p. 93). Asimismo se ha opinado que 'Esta cláusula adicionada a la Constitución no tiene ningún valor, porque Buenos Aires ni las demás Provincias se reservaron poder alguno al constituir la Nación, y porque ésta, debía fundarse conforme al Convenio de Unión —del 6 de junio de 1860— explicativo del pacto del 11 de Noviembre de 1859 [...]. La adición no tuvo de esa suerte otro objeto que el de asegurar a la Provincia de Buenos Aires el derecho de *revisar la Constitución Nacional de 1853*, que regía a las demás provincias argentinas [...] *ese y no otro era el pacto a que se refería Buenos Aires*. Toda la cuestión estaba en consagrar constitucionalmente el Pacto del 11 de Noviembre, porque él en sí encerraba el derecho de hacer reformas a la ley fundamental

[…]. Desde luego podemos manifestar que ninguna provincia argentina después de su incorporación se ha reservado poder ni privilegio alguno, y que esos convenios accidentales y transitorios destinados a facilitar la organización nacional caducaron por lo mismo desde la jura de la Constitución' (Perfecto Araya, "Comentario a la Constitución de la Nación Argentina", Librería La Facultad, 1908, t. 2, ps. 293-294)".

Sin embargo, con independencia de esas opiniones críticas, en una proyección histórica no puede desconocerse el significado trascendental que el Pacto de San José de Flores tiene en la vida de la Nación porque consolidó la reunión de las provincias (Fallos: 170:12) y porque fue en parte el precio de la unión e integridad nacional (Fallos: 239:251). Se trató —según se ha dicho— de un pacto que "en su aspecto institucional, consagraba dos grandes principios: el de la unidad política y el de la integridad territorial de la nación" (Julio B. Lafont, "Historia de la Constitución Argentina", El Ateneo, 1935, tomo II, pág. 309), al que se lo calificó como "convenio de paz" y "pacto de unión" (Carlos Sánchez Viamonte, "Historia Institucional Argentina", Tierra Firme, 1957, págs. 186-194; "El Pacto de San José de Flores o de Unión Nacional", Publicaciones de la Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, 1984).

8°) Que empero, sin desconocer esa trascendencia, este Tribunal ha expresado que no resulta dudoso que una disposición normativa tan especial como el art. 7º de dicho pacto, en tanto "afecta a la perfecta igualdad institucional y a la semejante entidad jurídica de todas las provincias, ha de ser interpretada estrictamente" (Fallos: 239:251 y 315:519; Estrada, obra y lugar citados, pág. 94).

Y, en clara relación con esta afirmación, en el supuesto bajo análisis no puede pasarse por alto que lo controvertido es el pago de una tasa, categoría tributaria que se distingue, precisamente, del impuesto por su causa jurídica, que no es la capacidad contributiva, sino la prestación de un servicio individualizado por el sujeto activo al sujeto pasivo (Dino Jarach, "El Hecho Imponible", Abeledo Perrot, tercera edición, pág. 201). En este sentido, y sin emitir juicio sobre la cuestión debatida en Fallos: 330:4988, no se advierte aquí contradicción lógica ni incompatibilidad en la atribución de este presupuesto de hecho al Banco de la Provincia de Buenos Aires ya que no puede darse una extensión tal al privilegio que, por el solo fundamento de la cualidad de este sujeto pasivo, se llegue al extremo de excepcionarlo

de abonar la gabela por el servicio de justicia prestado, máxime que no se ha invocado ni demostrado que, en el caso concreto, el gravamen sea confiscatorio o interfiera en las actividades del banco ni de la provincia ni que, con su pago, se frustre o imposibilite el cumplimiento de sus fines.

En efecto, la diferente naturaleza de la hipótesis de incidencia no solo no se opone a esa atribución, sino que exige su distinción ya que, más allá del umbral mínimo de capacidad contributiva exigible en todo tributo como condición de su validez —común a todos los sujetos llamados a contribuir a los gastos públicos— su causa jurídica es diferente y ello no puede pasar inadvertido en el análisis.

9°) Que la Constitución Nacional debe ser interpretada de un modo armónico y sistemático, mediante un sentido que no ponga en pugna sus disposiciones, sino que las concilie (Fallos: 312:1614; 313:1149; 319:68; 320:1909 y 1962; 327:769; 330:3593 y 331:858, entre otros). El desarrollo argumentativo del banco recurrente en torno de sus privilegios requiere, pues, examinar el contenido integral del texto constitucional (Fallos: 291:181). Y, en este sentido, el Tribunal, desde antiguo, ha procurado preservar el sistema representativo federal, para lo cual no ha descuidado el respeto a la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya "voluntad y elección" se reunieron los constituyentes argentinos (Fallos: 184:72; 315:519).

Desde esa mirada, el Banco de la Provincia de Buenos Aires es una institución regida por las leyes de dicha provincia que regulan su organización y funcionamiento, en ejercicio de su poder de policía, en términos de los arts. 75, inc. 12, 121 y 126 de la Constitución Nacional. Empero, ello es así en el marco de las demás disposiciones constitucionales. En efecto, el privilegio constitucional del banco debe ser examinado con prudencia (Fallos: 337:205, voto del juez Lorenzetti).

10) Que, en tales condiciones, sin desconocer, por un lado, la naturaleza de la entidad bancaria de ser un instrumento de gobierno de la provincia -que, como tal, no puede ver obstaculizados sus fines por la aplicación de un determinado tributo- y, por otro, su especial estatus jurídico proveniente de las facultades expresamente reservadas en el pacto tantas veces citado del 11 de noviembre de 1859 y garantizadas

a través del art. 121 de la Carta Magna —que la convierten en un caso único— cabe preguntarse si alcanza con ello para ponerla al margen de oblar una suma de dinero a otro ente estatal, por los servicios concretos, efectivos e individualizados que éste le presta, puntualmente, el servicio de justicia.

En esta línea argumentativa, no puede ignorarse que la jurisprudencia de este Tribunal ha admitido la aplicación de tasas retributivas de servicios a otros entes estatales, cuando con su cobro no se entorpezca el cumplimiento de sus fines ni se impida el desarrollo de su actividad (arg. de Fallos: 192:20 y 53; 234:663). ¿Es suficiente entonces con invocar las prerrogativas que surgen de las cláusulas ya citadas para diferenciar la situación y, sin otro fundamento, considerar exento al banco de tributar la tasa por un servicio prestado por un tribunal de la Nación?

Una interpretación extensiva como la que se pretende, tanto del Pacto de San José de Flores —por el cual la provincia se reservó el derecho de legislar y gobernar en forma exclusiva su banco- como de la doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno de un Estado -que los coloca fuera del poder impositivo de otro si con ello se frustra el desarrollo de su actividad-, lleva a desnaturalizar su sentido histórico y el alcance que corresponde darles.

11) Que, en consecuencia, el análisis e interpretación de las normas involucradas en el caso impiden concluir que la exigencia del pago de la tasa de justicia establecida en la ley 23.898 haya afectado la reserva formulada en la última parte del art. 121 de la Constitución Nacional y lo dispuesto en el art. 7° del Pacto de San José de Flores.

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden dado la índole de la cuestión debatida y las particularidades del caso. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que resulta aplicable en el *sub examine* el criterio establecido por el Tribunal al decidir la causa "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Estado Nacional –Ministerio de Economía- dto. 905/02" (Fallos: 336:539), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada, haciéndose lugar a la oposición al pago de la tasa de justicia formulada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires. Con costas por su orden en razón de la índole de la cuestión debatida y las particularidades del caso. Notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

Que las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las resueltas por este Tribunal en la causa "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Estado Nacional –Ministerio de Economía– dto. 905/02" (Fallos: 336:539), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Que una interpretación diferente a la allí expuesta equivaldría en la práctica a declarar inconstitucional una cláusula constitucional —art. 31 de la Norma Fundamental— que obliga al Poder Judicial como poder constituido. En tales condiciones, debe recordarse que si la declaración de inconstitucionalidad de un acto de los poderes constituidos es una decisión de suma gravedad que debe ser considerada como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico (Fallos: 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416; 329:5567; 330:2255; 335:2333; 338:1504; 339:1277, entre otros), para el que se requiere una prueba tan clara y precisa como sea

posible (conf. Fallos: 207:238; 325:645; 327:5147; 322:3255), con mayor severidad aún debe ser considerado el intento de descalificar un acto del poder constituyente (cfr. considerando 8° de mi voto en la causa "Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo" (Fallos: 340:257).

Por ello, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada, haciéndose lugar a la oposición al pago de la tasa de justicia formulada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires. Con costas por su orden en razón de la índole de la cuestión debatida y las particularidades del caso. Notifíquese y devuélvase.

HORACIO ROSATTI.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Banco de la Provincia de Buenos Aires,** representado por la **Dra. Guillermina Corvatta**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Natalia Francisco.**

Traslado contestado por el **Fisco Nacional,** representado por el **Dr. Alejandro Di Capua.**

Tribunal de origen: **Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 2.**

COLEGIO DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES C/ P.E.N. S/ AMPARO LEY 16.986

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que se encuentra en juego la aplicación e interpretación de normas de carácter federal (ley 25.413) y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho invocado por el apelante.

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

-El juez Rosatti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

INTERPRETACION DE LA LEY

En la tarea de establecer la correcta interpretación de las normas la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (art. 16, ley 48), según la inteligencia que rectamente les otorgue.

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

-El juez Rosatti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

IMPUESTO A LOS DEBITOS Y CREDITOS EN CUENTAS BANCARIAS

El Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires no puede considerarse incluido en la dispensa prevista en el art. 2 inc. a) de la ley 25.413, en tanto allí solo se exime a los Estados provinciales y aquél es un sujeto diferenciado de la Provincia de Buenos Aires.

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

-El juez Rosatti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

INTERPRETACION DE LA LEY

Cuando una norma es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino una directa aplicación, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su letra y de su espíritu.

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

-El juez Rosatti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DERECHO DE DEFENSA

En resguardo del derecho de defensa, la vencedora en la segunda instancia puede plantear, al contestar el memorial de su contraria, aquellos argumentos o defensas desechados en la etapa anterior que se ha visto impedida de cuestionar por apelación, al no causarle agravio desde el punto de vista procesal.

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

-El juez Rosatti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

IMPUESTO A LOS DEBITOS Y CREDITOS EN CUENTAS BANCARIAS

Es inconstitucional el impuesto sobre los débitos y créditos creado por la ley 25.413 respecto de las cuentas bancarias del Colegio Público de Abogados de la Provincia de Buenos Aires abiertas en el Banco de dicha provincia, toda vez que los movimientos bancarios realizados en las cuentas del citado colegio no pueden reputarse – siquiera indiciariamente- como manifestaciones de riqueza o capacidad contributiva, elemento éste que constituye un requisito de validez de todo gravamen.

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

-El juez Rosatti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

IMPUESTO A LOS DEBITOS Y CREDITOS EN CUENTAS BANCARIAS

Es inconstitucional el impuesto sobre los débitos y créditos creado por la ley 25.413 respecto de las cuentas bancarias del Colegio Público de Abogados de la Provincia de Buenos Aires abiertas en el Banco de dicha provincia, pues de las leyes que rigen la actuación del citado colegio surge que su patrimonio está íntegramente destinado a cumplir las tareas de control estatal sobre la profesión de los abogados y procuradores (art. 50 inc. h de la ley 5.177).

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

-El juez Rosatti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

IMPUESTO A LOS DEBITOS Y CREDITOS EN CUENTAS BANCARIAS

Es inconstitucional el impuesto sobre los débitos y créditos creado por la ley 25.413 respecto de las cuentas bancarias del Colegio Público de Abogados de la Provincia de Buenos Aires abiertas en el Banco

de dicha provincia, pues la propia ley local es la que ordena al citado colegio dos conductas: las transferencias mutuas de recursos (derecho fijo y cuota anual) entre el éste y los colegios departamentales (arts. 5 de la ley 8.480 y 55 de la ley 5.177); y el empleo de cuentas bancarias abiertas en el Banco de la Provincia de Buenos Aires a tal fin (art. 4 y 5 de la ley 8.480).

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

-El juez Rosatti, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

A fs. 28/43, el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, "COLPROBA"), promovió demanda de amparo contra Estado Nacional ante *"la manifiesta arbitrariedad e ilegalidad del accionar demostrado por la accionada, al gravar con el Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y Otras Operaciones (...) las cuentas que el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (...) posee abiertas en las entidades bancarias"* (conf. 28 vta., II-Objeto, 4° párr.).

Concretamente, peticionó que *"se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.413 en su aplicación exclusiva al Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires"* (fs. 29, 3° párr.).

Puntualizó que, en cumplimiento de lo establecido en la ley provincial 8.480, utiliza las cuentas bancarias abiertas en el Banco de la Provincia de Buenos Aires (cuentas corrientes en pesos N° 2050-1047/6, 2050-223/5 y 2050-6985/0), a los efectos de recaudar distribuir con los Colegios Departamentales -según las proporciones y la periodicidad prevista en esa norma- los distintos recursos que le corresponden y que le fueron asignados para conformar su patrimonio, exclusivamente afectado a fines públicos.

En resumen, planteó los siguientes argumentos como sustento de su pedido: i) naturaleza tributaria del derecho fijo establecido por la ley local 8.480; ii) violación del principio de igualdad (art. 16 de la CN); iii) inexistencia de capacidad contributiva; iv) doctrina de la inmunidad de los instrumentos de gobierno y violación del principio de soli-

daridad federal; e v) indebida interferencia del Estado Nacional, que obstaculiza un fin público provincial.

-II-

A fs. 342/348, el titular del Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata Nº 2 hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al Estado Nacional que deje de retener anticipos en concepto del impuesto a los débitos y créditos en cuentas bancarias y otras operaciones, creado por la ley 25.413.

Sostuvo que, si bien en el texto de la ley que establece la gabela no existe norma expresa que excluya formalmente de su aplicación a los colegios profesionales, éstos se encuentran exentos por tratarse instituciones paraestatales que sirven a un bien público.

A la luz de esa premisa, ponderó que el COLPROBA realiza una actividad típicamente provincial (poder de policía sobre la matrícula), por lo cual entendió que no resultaba aceptable que el Estado Nacional interfiera -mediante el impuesto en discusión- en sus fines y funciones.

Asimismo, valoró que en las cuentas bancarias que la actora posee en el Banco de la Provincia de Buenos Aires se recaudaban y acreditaban los distintos recursos que posibilitaban llevar adelante sus cometidos.

En tales condiciones, concluyó que las retenciones realizadas por el Fisco Nacional en concepto de impuesto a los débitos y créditos constituían un grave perjuicio y una evidente interferencia en los fines de la institución.

-III-

Recurrida esa sentencia por el Estado Nacional (fs. 349/355), la Cámara Federal de La Plata (Sala II) la confirmó (fs. 370/373).

Para así decidir, consideró que el COLPROBA fue creado por la Provincia de Buenos Aires mediante la ley provincial 5.177, con el carácter, derechos y obligaciones de las personas jurídicas de derecho público no estatales.

A esos efectos, explicó que la entidad debía administrar sus recursos para cumplir con sus funciones netamente públicas y sin fines de lucro (centralizar la matrícula de abogados y procuradores, administrar y proyectar el presupuesto, actuar administrativa y judicialmente en defensa de los intereses de los profesionales, ejercer en forma delegada el poder de policía sobre el ejercicio de la actividad profesional,

entre otras) y que el gravamen cuestionado interfería directamente con su consecución.

-IV-

Disconforme con ese pronunciamiento, la demandada presentó el recurso extraordinario de fs. 374/391, que fue concedido a fs. 406.

Esgrimió que aquí se plantea una cuestión federal simple, en virtud de que la decisión apelada desconoce la validez de normas de ese carácter (arts. 16, 18 y 75 -incs. 2° y 8°- de la CN).

Sostuvo que la Cámara yerra al interpretar que el COLPROBA, como ente de derecho público no estatal, pertenece a la administración pública provincial y, por lo tanto, se encuentra incluido, por analogía, en la exención del art. 2° de la ley 25.413.

Planteó que el fallo viola el principio de igualdad (art. 16 de la CN), el principio de separación de poderes y altera el equilibrio de las funciones inherentes a la forma republicana de gobierno (art. 1° de la CN), al establecer una exención no contemplada en la ley ni en la reglamentación a favor de la actora.

Además, calificó de arbitraria a la sentencia del *a quo* por sustentarse en meras afirmaciones dogmáticas y carecer de fundamentación suficiente. En este punto, explicó que el tribunal apelado no tuvo en cuenta planteos conducentes para la solución del litigio y se apartó de los hechos y de la normativa aplicable.

En último lugar, adujo que se configura un supuesto de gravedad institucional a partir de las consecuencias que entraña la decisión recurrida para el Estado Nacional.

-V-

En mi criterio, el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que se halla en juego la aplicación e interpretación de normas de carácter federal (ley 25.413) y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho invocado por el apelante (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

Por otra parte, no es ocioso recordar que, en su tarea de establecer la correcta interpretación de 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 declaración sobre el punto disputado (art. 16, ley 48), según la inteligencia que rectamente les otorgue (Fallos: 307:1457; 320:1915, entre otros).

-VI-

En cuanto al fondo del asunto, está fuera de debate que el COLPROBA fue creado por el art. 48 y ccdtes. de la ley provincial 5.177 (texto ordenado por decreto 2.885/01 -con las modificaciones introducidas por la ley 13.419-, al que me referiré en adelante) como un ente separado del Estado Provincial con personalidad jurídica propia.

Por su parte, la ley 25.413 establece un impuesto sobre los créditos y débitos efectuados en cuentas -cualquiera sea su naturaleza- abiertas en las entidades regidas por la Ley de Entidades Financieras (conf. art. 1°, inc. a). A continuación, declara exentos del gravamen a " los créditos y débitos en cuentas bancarias, como así también las operatorias y movimientos de fondos" correspondientes a los Estados provinciales (conf. art. 2°, a).

A la luz de ese texto normativo, pienso que no puede considerarse al COLPROBA incluido en la dispensa prevista en el art. 2°, inc. a), de la ley 25.413, en tanto allí solo se exime a los "Estados provinciales" y la actora es un sujeto diferenciado de la Provincia de Buenos Aires.

Así lo sostengo en virtud de que cuando una norma es clara y no exige . mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino su directa aplicación (Fallos: 320:2145; 324:3345 y 340:905), pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su letra y de su espíritu (Fallos: 308:1873; 316:2732; 324:3345 y 338:488).

-VII-

Si bien lo anterior llevaría a concluir que la actora se encontraría obligada a pagar el gravamen sin gozar de dispensa alguna, considero que aquí corresponde analizar los argumentos expuestos por el COLPROBA desde su escrito de demanda y mantenidos en la contestación del recurso extraordinario planteado por el Fisco, relativas a la crítica que, con base constitucional, ha formulado respecto del tributo bajo estudio.

Entiendo que ello es así conforme a la doctrina que establece que, en resguardo del derecho de defensa, la vencedora en la segunda instancia puede plantear, al contestar el memorial de su contraria, aquellos argumentos o defensas desechados en la etapa anterior que se ha visto impedida de cuestionar por apelación, al no causarle agravio desde el punto de vista procesal (doctrina de Fallos: 311:696 y 1337 y 324:3345).

La condición exigida se encuentra cumplida en el *sub lite* pues el COLPROBA -al contestar el traslado del recurso extraordinario en exa-

men- mantuvo los argumentos relativos a la violación del principio de igualdad, la inexistencia de capacidad contributiva, la inmunidad de los actos de gobierno y la indebida interferencia del Estado Nacional, motivos por los que esgrime que el cobro del impuesto sobre los créditos y débitos "…debe ser tachado de inconstitucional y ordenarse el inmediato cese de esta conducta" (cfr. fs. 379 vta./402 vta., en especial 402).

Para abordar su planteo, estimo conveniente remarcar ciertos aspectos del marco normativo local que regula la actuación de la actora, para luego comprender la incidencia de la gabela bajo estudio.

El COLPROBA fue creado como "una persona jurídica de derecho público no estatal para el mejor cumplimiento de sus fines" (conf. art. 48 de la ley 5.177).

De su ley de creación surge que -entre otras funciones que hacen al poder de policía estatal sobre la profesión de los abogados y procuradores- le corresponde, en los términos del art. 50 de la ley, centralizar la matrícula de aquéllos en la provincia (inc. f); "fijar la contribución de los Colegios Departamentales, administrar sus fondos, proyectar el presupuesto de gastos y cálculo de recursos (...) y cuantas más atribuciones sean conducentes para el logro de los propósitos de esta Ley" (inc. h); organizar un registro de las causas disciplinarias y sanciones (inc. o); y distribuir mensualmente entre los Colegios Departamentales los importes que se recauden en concepto del derecho fijo creado por la ley local 8.480 (inc. p).

En dicha norma se prevé que los matriculados en actividad deben abonar una "cuota anual", que si bien es fijada de manera uniforme por el COLPROBA (conf. art 50, inc. j), debe pagarse ante los respectivos Colegios Departamentales y, de tales sumas, esos Colegios deben remitir un 5 % (cinco por ciento) al COLPROBA (art. 55).

Por otra parte, la ley provincial 8.480, modificada por su similar 10.596 (a la que me referiré en adelante), creó un derecho que percibe el COLPROBA.

En relación con este ingreso, estimo necesario destacar que: (i) es fijado por el COLPROBA, según las pautas establecidas en la ley 8.480; (ii) se exige al iniciarse o contestarse toda gestión judicial; (iii) debe abonarse mediante el sistema de percepción que convenga el COLPROBA con el Banco de la Provincia de Buenos Aires; y (iv) se acredita en una cuenta en dicho banco de titularidad de la actora (conf. arts. 3° y 4° de la Ley 8.480).

Los importes percibidos por el COLPROBA en concepto de derecho fijo deben ser distribuidos mensualmente, previa retención de un

10% (diez por ciento) para el cumplimiento de sus fines específicos, de la siguiente forma: a) setenta por ciento (70%) por partes iguales a los Colegios de Abogados Departamentales; y b) treinta por ciento (30%) a los Colegios Departamentales de abogados en relación directa y proporcional al número de abogados en actividad que hubieren abonado la cuota anual (art. 5° de la ley 8.480).

Respecto de los citados Colegios Departamentales, se prevé que forman parte del COLPROBA (conf. art. 47 de la ley 5.177) y funcionan con el carácter, derechos y obligaciones de las personas jurídicas de derecho público no estatal para el cumplimiento de sus fines (art. 18 de la ley 5.177).

Asimismo, el art. 19 *in fine* de dicha norma establece las facultades de los Colegios Departamentales y aclara que éstas "se relacionan con el ejercicio de la abogacía y procuración como problema provincial o nacional, con la institución de la justicia, con el estudio y progreso de la legislación jurisprudencia, su actualización, perfeccionamiento y especialización de los conocimientos científico-jurídicos de los profesionales".

En tales condiciones, considero que el presente caso es sustancialmente análogo al registrado en Fallos: 332:936, toda vez que los movimientos bancarios realizados en las cuentas de la actora no pueden reputarse -siquiera indiciariamente- como manifestaciones de riqueza o capacidad contributiva, elemento éste que constituye un requisito de validez de todo gravamen (art. Fallos: 207:270; 312:2467 y causa M. 1328, L. XLVII, "Mera , Miguel Ángel -TF 27.870-I- c. DGI", sentencia del 19 de marzo de 2014, cons. 16).

Así lo pienso puesto que de las leyes que rigen la actuación del COLPROBA surge que su patrimonio está íntegramente destinado a cumplir las tareas de control estatal sobre la profesión de los abogados y procuradores (conf. art. 50, inc. h, de la ley 5.177).

Y, en lo que reviste particular importancia para la correcta solución de este pleito es la propia ley local la que ordena dos conductas: a) las transferencias mutuas de recursos (derecho fijo y cuota anual) entre el COLPROBA y los Colegios Departamentales (arts. 5 de la ley 8. 480 y 55 de la ley 5.177, respectivamente), y b) el empleo de cuentas bancarias abiertas en el Banco de la Provincia de Buenos Aires a tal fin (art. 4° y 5° de la ley 8.480).

En conclusión, pienso que asiste razón a la actora y que debe hacerse lugar su petición de declarar inconstitucional el impuesto sobre los débitos y créditos en cuentas bancarias, respecto de las operaciones que realiza

en las cuentas que tiene habilitadas en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, en las que recibe y distribuye los recursos que posibilitan llevar adelante el cometido público para el cual fue instituida por el Estado local.

-VIII-

Dada la solución que se propicia, entiendo que el estudio de los restantes planteos deviene inoficioso.

-IX-

Por los fundamentos aquí desarrollados, opino que corresponde admitir formalmente el recurso extraordinario federal planteado y declarar la inconstitucionalidad del impuesto a los débitos y créditos bancarios creado por la ley 25.413 respecto de las cuentas bancarias de COLPROBA abiertas en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, en las que recauda y distribuye con los Colegios Departamentales los distintos recursos que le corresponden y que le fueron asignados para conformar su patrimonio. Buenos Aires, 12 de abril de 2018. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/ PEN s/ amparo ley 16.986".

Considerando:

Que esta Corte comparte el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia, en los términos que surgen de la presente. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti (en disidencia).

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se lo desestima. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

HORACIO ROSATTI.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional –Ministerio de Economía y Finanzas Públicas-**, representado por la **Dra. Celia Teresa Peláez.**

Traslado contestado por el **Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires**, representado por el **Dr. Mariano Federico Anna.**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata n° 2.**

COMUNIDAD MAPUCHE CATALÁN Y CONFEDERACIÓN INDÍGENA NEUQUINA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es formalmente admisible pues los impugnantes cuestionan la constitucionalidad de normas locales -ley 2.439 Y decreto PEP 2/04 Provincia del Neuquén- bajo la pretensión de ser contrarias al derecho a la consulta y participación de las comunidades indígenas reconocidos en la Constitución Nacional (art. 75, incs. 17 y 22) y en instrumentos internacionales (arts. 6 y 7, Convenio 169 de la OIT; y art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos), y la decisión fue a favor de la validez de las disposiciones normativas provinciales y, por ende, contraria al derecho federal invocado por el recurrente.

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

PUEBLOS INDIGENAS

La Constitución Nacional y los instrumentos internacionales consagran los derechos colectivos de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones que afecten sus intereses; estas prerrogativas han sido calificadas como la piedra angular del Convenio 169 de la OIT en tanto son instrumentos esenciales para asegurar que las comunidades indígenas gocen, en pie de igualdad con los restantes miembros de la población, la totalidad de sus derechos reconocidos en ese Convenio y en los restantes instrumentos internacionales, así como en las normas de derecho interno.

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

PUEBLOS INDIGENAS

La creación de un municipio es susceptible de afectar, en forma concreta y directa, a las comunidades mapuches en relación con la adecuada protección de su tierra y territorio, y con sus derechos políticos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales y a decidir en forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena.

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

PUEBLOS INDIGENAS

La creación de un municipio es susceptible de afectar, en forma concreta y directa, a las comunidades mapuches, pues por un lado la demarcación puede afectar la integridad, valor, uso o goce de sus territorios, colocándolos, por ejemplo, bajo jurisdicciones municipales diversas y por el otro, supone adoptar un modelo de organización del poder constitucional y atribuir potestades a una autoridad local, lo que repercute en los derechos políticos de las comunidades, que son herramientas indispensables para la protección de sus intereses económicos, culturales y sociales.

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

PUEBLOS INDIGENAS

La creación de un municipio es susceptible de afectar, en forma concreta y directa, a las comunidades mapuches, en tanto ello implica adoptar una estructura y un modelo de organización del poder que es ajeno a la cosmovisión y a las instituciones políticas de las comunidades indígenas.

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

PUEBLOS INDIGENAS

La ley 2.439 de la Provincia del Neuquén – creación del Municipio de Villa Pehuenia -, que en principio es una norma de carácter general, tiene un impacto diferencial para los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población, lo cual demanda abrir una instancia de diálogo sobre el modo de organización del poder constitucional a nivel local.

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

PUEBLOS INDIGENAS

El modelo de institucionalidad política del Estado ha sido históricamente construido y definido a través del sometimiento de diversas culturas a los valores y concepciones de una cultura hegemónica; el paradigma de protección de la diversidad cultural cuestiona el ideal de una ciudadanía homogénea y, por lo tanto, asimilacionista con los pueblos indígenas y advierte, por el contrario, que se debe lograr el efectivo reconocimiento de la diferencia y un diálogo abierto que permita discutir sobre los espacios y mecanismos de interacción entre la forma de vida indígena y la no indígena.

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

PUEBLOS INDIGENAS

El derecho a la consulta es una de las herramientas para que las comunidades indígenas gocen, de manera efectiva, del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, que está previsto en la Constitución Nacional (arts. 1 y 37) y en los instrumentos internacionales (art. 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 21, Declara-

ción Universal de Derechos Humanos; art. 20, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

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

PUEBLOS INDIGENAS

La mera atribución de funciones y facultades dispuesta por la ley 2.439 de la Provincia del Neuquén, sin consultar a las comunidades indígenas, es susceptible de afectar su espacio de autodeterminación que es necesario para la preservación de la forma de vida indígena.

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

PUEBLOS INDIGENAS

La sola concesión de facultades a una autoridad municipal – dispuesta por la ley 2.439 de la Provincia del Neuquén que crea el Municipio de Villa Pehuenia - , sin cumplir con el deber de consultar a las comunidades indígenas, puede implicar un menoscabo de su derecho a la autodeterminación, así como a mantener y reformar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y a decidir y controlar sus prioridades de desarrollo económico, social y cultural (arts. 7 y 8, Convenio 169 de la OIT, y arts. 3, 4 y5, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), incidiendo directamente en los derechos e intereses colectivos de los indígenas que son tutelados específicamente por el Convenio citado.

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

PUEBLOS INDIGENAS

El derecho de participación de los pueblos indígenas se traduce en una obligación positiva para los Estados, que deben establecer los medios para que los pueblos y comunidades puedan participar, por lo menos en la misma medida que los demás, en instituciones electivas y organismos administrativos o de otra índole (art. 6, inc. b, Convenio 169 de la 0IT), y conjuntamente, el artículo 18 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas estipula que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto

de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

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

PUEBLOS INDIGENAS

El derecho a la participación de los pueblos indígenas se ve afectado no sólo por la falta de consulta previa a la sanción de la ley 2.439 de la Provincia del Neuquén, sino también porque la regulación de la Municipalidad de Villa Pehuenia no prevé un mecanismo que asegure la participación permanente de las comunidades indígenas en el gobierno municipal, aun cuando se trata de una jurisdicción con gran presencia de comunidades mapuches.

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

PUEBLOS INDIGENAS

El derecho a la participación de los pueblos indígenas – art. 6 inc. b, Convenio 169 de la OIT, y art. 75, incisos 17 y 22, Constitución Nacional - tiene como fin revenir la situación de desigualdad en la que éstos se encuentran e impedir que la identidad indígena se diluya en concepciones asimilacionistas e integracionistas, que han sido dejadas de lado por las normas federales, por lo que su intervención en las elecciones no garantiza la participación colectiva indígena en las estructuras de poder público, sino por el contrario, las citadas normas demandan la presencia de las comunidades para que puedan hacer oír su voz e incidir, en forma efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen, y no puede obviarse que el logro de la igualdad social y económica de los grupos en situación de vulnerabilidad está estrechamente asociado con el incremento de la igualdad a nivel de la participación política.

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

PUEBLOS INDIGENAS

El Estado argentino ha asumido el compromiso internacional de adoptar medidas concretas para que las comunidades indígenas participen en los asuntos públicos, por lo que en una zona como la de Villa Pehuenia, en la que viven grupos con una cultura diferenciada, existe un deber

de las autoridades estatales de desarrollar mecanismos especiales de participación política para asegurar que las comunidades puedan tomar parte de la vida pública en pie de igualdad con el resto de la sociedad y, en especial, intervenir activamente en la definición de políticas que involucran sus intereses.

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

PUEBLOS INDIGENAS

Toda vez que la sanción de la ley 2.439 de la Provincia del Neuquén y el decreto PEP 2/04 vulneraron el derecho a la consulta y a la participación de las comunidades indígenas, corresponde en primer lugar, condenar a la Provincia del Neuquén a que, en el plazo de sesenta días, lleve a cabo la consulta que fuera omitida a fin de que la articulación entre la creación del Municipio de Villa Pehuenia y la forma de vida indígena sea realizada a través del diálogo y de la búsqueda de acuerdos, tal como lo demandan la Constitución y los instrumentos internacionales y en segundo lugar, condenar a ese Estado provincial a que, en un plazo razonable, diseñe, en conjunto con las comunidades indígenas, los mecanismos permanentes de participación institucional para que ellas puedan incidir en la determinación de las políticas y decisiones municipales que las involucran y, adecuar, de este modo, la legislación en la materia a la Constitución Nacional y a los tratados mencionados.

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

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

Dado que la Corte tiene el deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar graves y complejas consecuencias institucionales, corresponde establecer pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarán en el tiempo y para satisfacer este objetivo, deviene imprescindible admitir la validez de la creación del Municipio de Villa Pehuenia y de todos los actos jurídicos que celebraron sus autoridades y que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole, así como de los actos que continúen celebrando hasta tanto la provincia adecúe las normas impugnadas a la Constitución y a los instrumentos internacionales que garantizan los especiales derechos de participación de los pueblos indígenas.

PUEBLOS INDIGENAS

Corresponde a la Provincia del Neuquén a que, en un plazo razonable, y en forma conjunta con las comunidades indígenas, establezca una mesa de diálogo con la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina, para que implementen la consulta que fuera omitida y diseñen mecanismos permanentes de comunicación y consulta para que los pueblos originarios puedan participar en la determinación de las políticas y decisiones municipales que los involucren y, adecuar, de este modo, la legislación en la materia a la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

PUEBLOS INDIGENAS

La prerrogativa del art. 75, inciso 17 de la Constitución Nacional importa oír la voz de los pueblos indígenas con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista en determinados asuntos y prevenir posibles lesiones a su identidad cultural cuando se adopten medidas que puedan afectar su forma de vida o sus costumbres tradicionales; esta participación debe permitir que los pueblos indígenas expresen sus inquietudes, propuestas y apreciaciones en una etapa oportuna por medio de procedimientos apropiados para resguardar sus derechos e intereses (Voto del juez Rosatti).

PUEBLOS INDIGENAS

Si bien no está en discusión la facultad constitucional de la provincia demandada, la repercusión de la creación del municipio de Villa Pehuenia exigía que ésta hubiese requerido la participación de la comunidad indígena involucrada, pues la nueva organización política y la demarcación territorial no resultan ajenos a los pueblos y comunidades indígenas que se encuentren comprendidos; por el contrario, la "creación" municipal realizada con abstracción de la existencia de dichos pueblos (y de sus derechos) no constituye una aplicación razonada de la normativa constitucional que expresamente reconoce la obligación del Estado –nacional y provincial- de asegurar su participación en la gestión de aquellos asuntos que puedan afectarlos (art. 75, inciso 17, anteúltimo párrafo, de la Ley Fundamental) (Voto del juez Rosatti).

PUEBLOS INDIGENAS

La creación del municipio de Villa Pehuenia exigía que la Provincia del Neuquén hubiese requerido la participación de la comunidad indígena involucrada, pues no se trata de crear un Estado dentro de otro Estado, en tanto está claro que en nuestro país las diversas etnias, culturas y nacionalidades que habitan el suelo argentino se congregan, a los fines institucionales y con sus matices, bajo el mismo techo constitucional; de lo que se trata es de hacer viable la máxima vigencia posible de los derechos diferenciales reconocidos, y no de minimizarlos considerándolos implícitos dentro de las prerrogativas comunes al resto de la población (Voto del juez Rosatti).

PUEBLOS INDIGENAS

La sanción de la ley 2439 de la Provincia del Neuquén no respeta el derecho constitucional a la participación de las comunidades indígenas, pues no solo no ha 'oído' a los pueblos y comunidades alcanzadas por dicha normativa, con carácter previo a su sanción, sino que tampoco ha contemplado la creación de mecanismos apropiados y adecuados que aseguren una participación permanente de aquellos en el diagrama del gobierno municipal creado, de modo que puedan intervenir, de manera efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen (Voto del juez Rosatti).

PUEBLOS INDIGENAS

La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas -debido a su idiosincrasia que los diferencia de la mayoría de la población- exige que el Estado diseñe, promueva y fomente diversas formas de participación que permitan a dichos sectores de la sociedad entender en los asuntos públicos que involucren sus intereses (Voto del juez Rosatti).

PUEBLOS INDIGENAS

El llamado a elecciones ordinarias como forma de cumplimentar con la participación constitucionalmente reconocida a las comunidades indígenas, y judicialmente reclamada, no parece atendible, pues la partici-

pación de los pueblos y comunidades indígenas no puede ser entendida con un alcance limitado al proceso de elección de autoridades; debe asegurar una interacción adecuada, armoniosa y razonable entre la forma de vida indígena y la no indígena en la gestión gubernamental, haciendo realidad el modelo de Estado multicultural y plural que ha adoptado nuestro país (Voto del juez Rosatti).

PUEBLOS INDIGENAS

En nuestro país, la soberanía reside en el pueblo que es uno solo y constituye el único sujeto colectivo con derecho a la autodeterminación colectiva, por lo tanto, las comunidades indígenas no pueden pretender derechos políticos que ningún colectivo diferente al pueblo de la Nación y de las provincias tiene ni podría aspirar a tener dado el modo representativo, republicano y federal adoptado por esta Constitución para el gobierno de la Nación (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

El Convenio 169 de la OIT no concede el derecho a la consulta previa en relación con todas las medidas legislativas o administrativas que puedan de cualquier modo impactar a las comunidades indígenas; éstas no tienen, por ejemplo, el derecho a ser consultadas previamente frente a medidas que las afectan porque afectan a todos los argentinos o a todos los neuquinos o a todos los habitantes de Villa Pehuenia; el art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT califica el derecho a la consulta que concede mediante la expresión "susceptible de afectarles directamente" (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

De conformidad con el sentido corriente de los términos usados en el art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa a los pueblos indígenas es obligatoria únicamente respecto de las medidas administrativas o legislativas que son capaces de menoscabar o perjudicar derechamente –y no de modo indirecto o remoto– a los derechos de las comunidades indígenas (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

La exigencia de que, para que sea obligatoria la consulta previa, tiene que tratarse de una afectación a un derecho especialmente reconocido a los pueblos indígenas surge del mismo Convenio 169 de la OIT, en tanto éste no establece una obligación de consulta previa exigible por las comunidades indígenas en todos los casos sino solamente cuando se apliquen las disposiciones del Convenio y así lo dispone expresamente el art. 6.1.a y se encuentra confirmado por los trabajos preparatorios en los que se indica que lo que se pretendió fue reconocer que las poblaciones indígenas y tribuales (sic) tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones en los países donde viven y en lo que atañe a todas las cuestiones cubiertas por el Convenio revisado y que les afecten directamente (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

El derecho a la consulta previa solo puede esgrimirse frente a una medida legislativa o administrativa que regule de modo directo a los pueblos indígenas o a sus integrantes o, si se trata de una medida de alcance general, cuando puedan afectar directamente (y no de modo indirecto o remoto) un derecho de los pueblos indígenas reconocido por el Convenio 169 de la OIT (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

Ni la ley 2439 de la Provincia del Neuquén ni el decreto PEP 2/2004 –que fijaron el ejido de Villa Pehuenia e importaron la organización del poder a nivel municipal– debieron ser precedidos de una consulta a la comunidades indígenas, pues éstas no tienen ese derecho en tanto la creación de un gobierno municipal es una norma general que no menoscaba de un modo directo los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT a las comunidades indígenas (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

Tanto la ley 2.439 de la Provincia del Neuquén como el decreto PEP 2/2004 no debieron ser precedidos de una consulta a las comunidades indígenas, pues son medidas de alcance general que no fueron dirigidas única y exclusivamente a regular a los pueblos indígenas ni a sus

integrantes y además, no se ha demostrado que dichas medidas tengan un impacto directo sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio 169 de la OIT (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

Tanto la ley 2439 de la Provincia del Neuquén como el decreto PEP 2/2004 no debieron ser precedidos de una consulta a las comunidades indígenas, pues no se ha demostrado que la demarcación territorial haya menoscabado de modo directo alguno de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT y no se ha demostrado que la mera atribución de facultades al gobierno municipal incida de modo directo en el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales que sí fueron reconocidos por el Convenio OIT 169 a las comunidades indígenas (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

La creación del Municipio de Villa Pehuenia no afecta el derecho a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas (art. 14); ni el derecho de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras (art. 15); ni el derecho a no ser trasladado de las tierras que ocupan (art. 16); ni el derecho a que se respeten las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos (art. 17); ni el derecho que se adopten medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo (arts. 20 y sgtes.); ni el derecho de disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales que los de los demás ciudadanos (arts. 21 y sgtes.); ni el derecho a que se les extiendan los regímenes de seguridad social progresivamente y sin discriminación (arts. 24 y sgtes.); ni el derecho a que se adopten medidas para garantizar la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional (arts. 26 y sgtes.); ni ninguno de los otros derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

La creación de un municipio no afecta ningún derecho reconocido a las comunidades indígenas por el Convenio 169 de la OIT ya que éste no les confiere un derecho a la autodeterminación política; éste no otorga a las comunidades indígenas el derecho a que el poder político general se organice de manera diferente al modo previsto por las normas constitucionales de los Estados en los que habitan, por lo tanto, no puede sostenerse que las normas cuestionadas por las recurrentes – ley 2439 y decreto PEP 2/2004 de la Provincia del Neuquén -, al establecer para el funcionamiento de Villa Pehuenia un modelo político representativo y no asambleísta, las afectaron directamente (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

El art. 1.3 del Convenio 169 de la OIT justamente buscó evitar que se entendiese que la designación del colectivo de los indígenas como pueblo en el tratado pudiera sugerir que dicho sujeto colectivo tuviera el derecho a la autodeterminación política; por eso, se estableció explícitamente que la utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

El Convenio 169 de la OIT no reconoce a los pueblos indígenas derechos de soberanía o autonomía política (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

La Provincia del Neuquén, al sancionar la ley 2439 y el decreto PEP 2/2004, no ha violado el derecho a la participación de las comunidades indígenas, pues la municipalización de Villa Pehuenia no niega a las comunidades indígenas ningún modo de participación que fuera reconocido al resto de la población y el decreto de convocatoria a elecciones para cubrir los cargos municipales es de carácter general, confiere a toda persona un voto y no contiene exclusión ni discriminación alguna en perjuicio de ningún individuo de ninguna comunidad (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

Si bien el artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT establece que los pueblos interesados deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente, nada hay en la ley 2439 de la Provincia del Neuquén que pueda ser interpretado como un obstáculo para que, en el futuro, las comunidades indígenas participen a través de un adecuado sistema de consulta en la adopción por las autoridades provinciales y municipales de políticas y programas que les conciernan directamente (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

El Convenio 169 de la OIT no exige que se establezcan mecanismos determinados o específicos, para asegurar la participación de los pueblos indígenas en las políticas y programas que les conciernan, cada Estado podrá determinar la naturaleza y alcance de las medidas que aseguran el derecho a la participación, por lo tanto, no puede concluirse que la ley 2439 de la Provincia del Neuquén o el decreto PEP 2/2004 vulneran derecho alguno de las comunidades indígenas (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es fuente de obligaciones para nuestro país por cuanto, como toda resolución de la Asamblea General, se trata de una recomendación que, en principio, no tiene carácter vinculante, salvo que se demuestre que sus disposiciones han codificado, cristalizado o generado normas de derecho consuetudinario o que reflejan un principio general de derecho (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas solo reconoce el derecho a la consulta previa y el derecho a la autonomía y autogobierno en los asuntos internos y locales de las comunidades indígenas pero en modo alguno impone a los estados una restricción a su soberanía ni condiciona su unidad política (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

La municipalización de Villa Pehuenia no implica imponer ningún sistema para la toma de decisiones internas de la comunidad indígena, el municipio, que incluye a toda la población del ejido sea indígena o no, no determina cómo deben decidir sus asuntos la comunidad recurrente y la regulaciones que podrá en lo sucesivo adoptar son, por decirlo de alguna manera, externas a la comunidad indígena y producto del sistema político republicano y representativo que rige en la Provincia del Neuquén y, más generalmente, en toda la Nación (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

El municipio de Villa Pehuenia no es una amenaza a la vida interna de las comunidades indígenas y, obviamente, no tiene la obligación de organizarse, siquiera parcialmente, por el sistema "asambleístico" propio de las comunidades; en tanto ello solo sería posible si antes se reformase la Constitución Nacional ya que, de acuerdo con ella, el gobierno nacional, provincial y municipal debe adaptarse a la forma representativa y republicana (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

El art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional no asigna a los pueblos indígenas derechos políticos por encima de los derechos del resto de los ciudadanos que, por esa razón, impongan al estado provincial la obligación de respetar una manera de tomar decisiones que, como las del sistema asambleístico, es extraña a la forma de gobierno representativa y republicana (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

La Reforma Constitucional reconoció un nuevo paradigma de respeto y protección a la diversidad cultural admitiéndose que la Nación Argentina es una sociedad multiétnica y pluricultural, pero con la aclaración que era única, integrada e indivisible (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

La creación de Villa Pehuenia no absorbió el poder a las comunidades indígenas y, por lo tanto, no hubo en modo alguno "usurpación" del poder de otro sino más bien una continuidad con el poder propio que era antes ejercido por una comisión de fomento y después de la municipalización pasó a serlo por el municipio de Villa Pehuenia; es decir siempre hubo sobre las tierras en las que residen las comunidades mapuches una autoridad estatal organizada de acuerdo a lo establecido en la Constitución Nacional (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

Ni la municipalización de Villa Pehuenia, ni la convocatoria a elecciones para designar sus autoridades se refiere de ningún modo, directo o indirecto, a los intereses expresamente mencionados en la Constitución en el art. 75 inciso 17 respecto de los cuales las comunidades tienen que tener derecho a participar en su gestión, ni tampoco a otros no mencionados pero que tengan una relación similar con las formas de vida de los pueblos indígenas y si en el futuro sucediera que Villa Pehuenia se vea en la situación de tomar decisiones susceptibles de afectar a las comunidades en alguno de esos intereses, tales medidas deberán estar precedidas de las correspondientes consultas y, en su caso, acompañadas por un mecanismo adecuado para asegurar la participación indígena en la gestión de las actividades correspondientes (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

Constituye un error sostener que la existencia de un municipio en sí misma se sujete a la consulta y participación previa de las comunidades indígenas cuando dicha existencia no es más que la forma que adopta el estado a nivel local, de acuerdo con lo prescripto por los arts. 5 y 123 de la Constitución (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

La elección de la forma en que debe cumplirse con la obligación estatal de permitir la participación de las comunidades en la gestión de los intereses que las afectan no está restringida o limitada por ninguna norma

nacional que pueda servir de base a la Corte para imputar a la Provincia del Neuquén el incumplimiento del deber de establecer un cierto mecanismo de participación y, menos aún, para concluir que debió hacerlo antes de sancionar la ley 2439 (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

Está dentro de las facultades propias de la provincia adoptar una estructura permanente de participación o bien convocar a la participación de los pueblos indígenas frente a cada caso en que las medidas puedan afectar sus intereses indígenas; también puede generar un espacio de participación dentro del gobierno o fuera de él; concebir formas de participación uniformes o diferenciadas según el tipo de cuestión (educación, salud, recursos naturales, usos de las tierras, etcétera), entre otras muchas variaciones, en tanto se trata, como lo dice expresamente el art. 75, inciso 17, de facultades que las provincias pueden ejercer de manera concurrente con el Congreso (Disidencia del juez Rosenkrantz).

PUEBLOS INDIGENAS

Corresponde establecer que la Provincia del Neuquén deberá realizar una consulta previa a la adopción de toda medida legislativa o administrativa que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas o sus comunidades – en el Municipio de Villa Pehuenia -, ya sea que dicha afectación se derive de los propios términos de la medida administrativa o legislativa en cuestión o que ésta genere un impacto directo sobre los derechos concedidos a la comunidad indígena o a sus integrantes por el Convenio 169 de la OIT (Disidencia del juez Rosenkrantz).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén rechazó la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la ley provincial

2.439 que creó el municipio de Villa Pehuenia y del decreto PEP 2/04 que convoca a elecciones para conformar la Comisión Municipal respectiva (fs. 615/638).

El. *a quo* expuso que la pretensión de las comunidades indígenas consiste en que se declare que la creación de ese municipio sobre territorios de las comunidades mapuches no resguardó el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, omitió reconocer su preexistencia étnica y cultural, y no aseguro su derecho a la participación, por lo que contradice el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante "Convenio 169 de la OIT").

Luego, señaló que esa discusión excede la vía procesal escogida, que sólo admite la impugnación de normas fundada en su contradicción con la Constitución provincial. Por ello, concluyó que el conocimiento del tribunal debe circunscribirse a determinar si la ley 2.439 y el decreto PEP 2/04 se adecúan a la Carta Magna local.

En este sentido, sostuvo que la ley 2.439 no vulnera el artículo 203 de la Constitución local -según la redacción vigente al momento de la sanción de la norma cuestionada- en tanto la organización de un municipio es una facultad del poder legislativo provincial. Agregó que esa atribución fue ejercida dentro del marco discrecional fijado por esa Constitución, que no consagra ningún condicionamiento en relación con la delimitación territorial de los municipios, sino que únicamente requiere la existencia de un centro de población de quinientos habitantes.

Además, juzgó que la citada ley no atenta contra el artículo 204 de la Constitución provincial -actual artículo 273- ni contra el artículo 53, incorporado con posterioridad y similar al artículo 75, inciso 17, de la constitución Nacional. Por un lado, adujo que la estructura municipal no es incompatible con el debido respeto de la vida de la comunidad mapuche y con el resguardo de sus derechos constitucionales específicos, sino que, por el contrario, es la más apta para lograr el encuentro y la coexistencia de la diversidad pluricultural. Aseveró que la libre determinación de los pueblos mapuches y sus derechos específicos deben operar en el ámbito de los Estados nacional y provincial, sin menoscabar su autonomía y soberanía. Por otro lado, manifestó que, en todo caso, el ejercicio concreto de las atribuciones municipales podría entrar en colisión con los derechos de las comunidades, asunto que remite a un examen particular y concreto que rebasa los límites de la demanda entablada.

Sin perjuicio de la postura esgrimida en relación con la competencia del tribunal en la acción autónoma de inconstitucionalidad, afirma que la relevancia institucional del caso demanda dar una respuesta en relación al derecho de consulta y participación, consagrado en los artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT. Luego de destacar la trascendencia de esos derechos, precisó que el derecho a la consulta previa surge sólo ante medidas legislativas que afecten en forma directa a las comunidades indígenas, esto es, disposiciones destinadas específicamente a los pueblos indígenas o que por su contenido material puedan afectar a las comunidades en asuntos que les son propios. Entendió que ninguna de esas circunstancias se presenta en el caso de la ley 2.439 dado que es una norma de carácter general dictada en el ámbito de las competencias propias del Estado provincial.

Además, afirmó que el Convenio 169 de la OIT contempla el compromiso de los Estados de promover oportunidades de participación para las comunidades indígenas que sean al menos equivalentes a las del resto de la población. Consideró que ello fue cumplimentado a través del llamado a elecciones ordinarias.

-II-

Contra esa decisión, la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 653/671), que fue concedido por el *a quo* (fs. 699/700).

Las recurrentes alegan que la negativa del tribunal a interpretar y aplicar el derecho federal es violatoria del principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 31 de la constitución Nacional.

En lo sustancial, sostienen que la Provincia de Neuquén estaba obligada a realizar una consulta previa a la creación del Municipio de Villa Pehuenia para asegurar el derecho a la consulta y participación en los términos del artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT. Señalan que la imposición de un órgano municipal sobre el territorio de tres comunidades indígenas, de manera inconsulta, desconoce la forma de vida cultural de estos grupos, sus instituciones y su autonomía y constituye un mecanismo de erosión cultural. Resaltan que la sentencia reconoce un único modelo de representación y participación política que una ciudadanía homogénea y excluye del concepto de gestión pública a la institucionalidad comunitaria indígena. Agregan que la articulación entre la institucionalidad indígena y la estatal no puede

resolverse mediante la imposición unilateral e inconsulta de una de ellas, tal como -a su juicio- lo hizo la provincia demandada. Agregan que ello contradice la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Se agravian, asimismo, en relación con la interpretación del tribunal *a quo* respecto de los supuestos que, según el Convenio 169 de la OIT, constituirían una afectación directa a los pueblos indígenas y habilitarían un proceso de consulta porque, a su juicio, reducen ese derecho a la voluntad legislativa o administrativa. Expresan que lo determinante para que surja el deber de consulta y participación es que las medidas administrativas o legislativas puedan alterar la integridad, identidad social y cultural, costumbres, tradiciones o instituciones de los pueblos indígenas, lo que -entienden- acontece en el caso.

Finalmente, manifiestan que el propio tribunal reconoce que el ejercicio de las atribuciones del municipio podría afectar los derechos de las comunidades y que ese estándar de afectación es, precisamente, el exigido por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

-III-

El recurso extraordinario es formalmente admisible pues los impugnantes cuestionan la constitucionalidad de normas locales -ley 2.439 y decreto PEP 2/04- bajo la pretensión de ser contrarias al derecho a la consulta y participación de las comunidades indígenas reconocidos en la Constitución Nacional (art. 75, incs. 17 y 22) y en instrumentos internacionales (arts. 6 y 7, Convenio 169 de la OIT; y art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos), y la decisión fue a favor de la validez de las disposiciones normativas provinciales y, por ende, contraria al derecho federal invocado por el recurrente (art. 14, incs. 2 y 3, ley 48).

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén expresó -en sentido contrario a lo dictaminado por esta Procuración General en el caso "Confederación Indígena de Neuquén c/ Provincia de Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad", S.C. C. 3262, L. XLII, dictamen del 29 de agosto de 2007, ya lo resuelto por la Corte Suprema en los autos citados- que en el marco de la acción autónoma de inconstitucionalidad local se hallaba impedido de analizar las violaciones fundadas en el derecho federal. Sin embargo, finalmente se expidió sobre el derecho de consulta y participación consagrado en la constitución Nacional y en los instrumentos internacionales en razón de la trascendencia institucional del caso (fs. 631/37). Por ello, estimo

que la Corte Suprema está en condiciones de pronunciarse sobre la cuestión federal planteada en tanto ha sido tratada por el superior tribunal de la causa.

-IV-

En el presente caso no se encuentra controvertido que las comunidades mapuches Catalán, Puel y Plácido Puel viven en el territorio que ha quedado comprendido dentro de los límites políticos del Municipio de Villa Pehuenia según los términos de la ley provincial 2.439. Tampoco está en tela de juicio que la Provincia de Neuquén tiene facultades constitucionales para crear municipios.

El aspecto central en debate consiste en determinar si el Estado provincial al declarar, mediante la ley 2.439, a la población de Villa Pehuenia como municipio de tercera categoría vulneró los derechos a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, tal como están consagrados en los artículos 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional, 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

-V-

En oportunidad de dictaminar en la causa "Andrada de Quispe, Rosario Ladiez y otros c/ Estado provincial s/ acción de amparo" (S.C. A 759, L. XLVII, dictamen del 27 de septiembre de 2013), me referí a la incorporación en el ordenamiento jurídico argentino del artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Esta reforma expresa un nuevo orden de consideraciones. Deja atrás aproximaciones asimilacionistas e integracionistas hacia los pueblos indígenas y tribales y asienta, en su lugar, un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Reconoce las secuelas de una historia de dominación cultural y plantea el reto de pasar de un modelo de Estado monocultural a otro de Estado intercultural y plural. Entiende, asimismo, a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos titulares de una protección especial y ordena la adopción de medidas concretas para que estos grupos puedan Vivir y legar a las generaciones futuras su propia identidad cultural. Estas nuevas concepciones fueron destacadas durante los debates de la Convención Nacional Constituyente de 1994 (Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Reunión 29, Sesión 3 0, 11 de agosto de 1994, Págs. 4091, 4094 Y 4096).

Con esos fines, la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales consagran los derechos colectivos de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones que afecten sus intereses. Estas prerrogativas han sido calificadas como la piedra angular del Convenio 169 de la OIT en tanto son instrumentos esenciales para asegurar que las comunidades indígenas gocen, en pie de igualdad con los restantes miembros de la población, la totalidad de sus derechos reconocidos en ese Convenio y en los restantes instrumentos internacionales, así como en las normas de derecho interno.

En particular, la constitución Nacional prescribe que corresponde asegurar el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas y su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten (art. 75, inc. 17).

Por su lado, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT contempla dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas. En primer lugar, los gobiernos deben "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente" (inc. *a*) y, en segundo lugar, deben "establecer los medios adecuados a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que le conciernan" (inc. *b*).

En igual sentido, el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas puntualiza que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados "antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo o informado". Además, ese instrumento dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos (art. 18), así como a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas (art. 20).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador" manifiesta que " [l]a obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte

sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos [...]" (sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 166).

-VI-

En el presente caso, respecto del derecho a la consulta, la cuestión central radica en determinar si la sanción de la ley 2.439, mediante la cual se declara a la población de Villa Pehuenia como municipio de tercera categoría, es susceptible de afectar directamente a las poblaciones en tanto ése es el presupuesto que genera el deber de consultar previsto en el artículo 6, inciso *a*, del Convenio 169 de la OIT. De conformidad con la naturaleza preventiva del derecho, esta norma exige sólo la posibilidad -no la certeza- de que sean alterados los derechos, intereses o la forma de vida de las comunidades indígenas.

A mi entender, contrariamente a lo que sostuvo el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, la creación de un municipio es susceptible de afectar, en forma concreta y directa, a las comunidades mapuches en relación con la adecuada protección de su tierra y territorio, y con sus derechos políticos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales y a decidir en forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena.

Por un lado, la creación de un municipio requiere establecer los límites geográficos del ejido local y ello puede impactar en los intereses de los pueblos indígenas. En otras palabras, la demarcación es susceptible de afectar la integridad, valor, uso o goce de sus territorios, colocándolos, por ejemplo, bajo jurisdicciones municipales diversas. Es decir, el interés de las comunidades en este caso se funda en la adecuada conservación de la tierra y el territorio que tradicionalmente ocupan (art. 75, inc. 17, Constitución Nacional y arts. 14 y 15 del Convenio 169 de la OIT).

Por otro lado, la creación de un municipio supone adoptar un modelo de organización del poder constitucional y atribuir potestades a

una autoridad local, lo que repercute en los derechos políticos de las comunidades, que son herramientas indispensables para la protección de sus Intereses económicos, culturales y sociales.

La Constitución de la Provincia de Neuquén prevé que los municipios de tercera categoría son gobernados por comisiones municipales que se componen de cinco miembros, elegidos en elecciones directas, y son administradas por un presidente (art. 278). En la demanda y en el recurso bajo estudio, las actoras destacan que en el seno del pueblo mapuche las decisiones son tomadas a través de mecanismos e instituciones propias tales como los parlamentos comunitarios y los lonkos, que representan la autoridad moral e histórica de las comunidades. En estas condiciones, la creación de un municipio implica adoptar una estructura y un modelo de organización del poder que es ajeno a la cosmovisión ya las instituciones políticas comunidades indígenas. Así, la ley 2.439, que en principio es una norma de carácter general, tiene un impacto diferencial para los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población. Ello demanda abrir una instancia de diálogo sobre el modo de organización del poder constitucional a nivel local.

En rigor, el modelo de institucionalidad política del Estado ha sido históricamente construido y definido a través del sometimiento de diversas culturas a los valores y concepciones de una cultura hegemónica. El paradigma de protección de la diversidad cultural, al que hice referencia en el acápite anterior, cuestiona el ideal de una ciudadanía homogénea y, por lo tanto, asimilacionista con los pueblos indígenas. Advierte, por el contrario, que se debe lograr el efectivo reconocimiento de la diferencia y un diálogo abierto que permita discutir sobre los espacios y mecanismos de interacción entre la forma de vida indígena y la no indígena.

Así, el derecho a la consulta es, en este caso, una de las herramientas para que las comunidades indígenas gocen, de manera efectiva, del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, que está previsto en la constitución Nacional (arts. 1 y 37) y en los instrumentos internacionales (art. 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 21, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 20, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Asimismo, la sanción de la ley 2.439 implica asignar al gobierno municipal una suma de atribuciones, cuyo ejercicio, como lo entendió el tribual *a quo*, podría dar lugar en el futuro al deber de consultar a las comunidades. Sin embargo, la mera atribución de funciones y

facultades, sin consultar a las comunidades indígenas, es susceptible de afectar su espacio de autodeterminación que es necesario para la presentación forma de vida indígena.

Más concretamente, la Constitución provincial asigna a los municipios todos los poderes para regular, fiscalizar y sancionar los asuntos de orden local (art. 270 y ss.). Además, el artículo 273 especifica que son atribuciones de la autoridad local: la organización de su funcionamiento económico, administrativo y electoral; la adopción de un plan edilicio y el dictado de normas tendientes a la seguridad y estética de las construcciones; la apertura, construcción y mantenimiento de calles, plazas, parques y paseos; la regulación en materia de servicios públicos locales, tránsito y vialidad, matanza de animales, mercados, ferias populares, higiene, cementerios, salud pública, moralidad y costumbres, recreos, espectáculos públicos, estética, y, en general, todas las cuestiones de fomento o interés local. Asimismo, están facultados para establecer impuestos y tasas, contratar servicios públicos y otorgar concesiones a particulares, crear tribunales de faltas y policía municipal, y fijar sanciones.

Algunas de estas atribuciones eran ejercidas por las comunidades mapuches de acuerdo con criterios e Institucionalidad. En tal sentido, las actoras resaltan que las cuestiones relativas al hábitat, la construcción de las viviendas, los lugares de asentamiento familiar, los caminos, los cementerios sagrados y los sitios espirituales, entre otras (fs. 31, 32 y 655), eran decididas en el interior del pueblo mapuche. En particular, la matanza de animales, que constituye una práctica tradicional fundamental para la economía familiar (fs. 655), era regulada por la propia comunidad. Para más, la nueva autoridad está Investida de un poder sancionador que puede poner en riesgo las prácticas tradicionales si no se adecuan a las reglas sociales y de moralidad que viene a imponer, ahora, el municipio.

De este modo, la sola concesión de esas facultades a una autoridad municipal, sin cumplir con el deber de consultar a las comunidades indígenas, puede implicar un menoscabo de su derecho a la autodeterminación, así como a mantener y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y a decidir y controlar sus prioridades de desarrollo económico, social y cultural (arts. 7 y 8, Convenio 169 de la OIT, y arts. 3, 4 y 5, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). En este sentido, la ley 2.439 incide directamente en los derechos e intereses colectivos de los indígenas que son tutelados específicamente por el Convenio 169 de la OIT.

En conclusión, la creación del municipio de Villa Pehuenia demandaba oír a las comunidades a fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista y, en definitiva, evitar que se menoscabe su identidad cultural.

-VII-

Por su parte, como se expresó, el derecho de participación de los pueblos indígenas se traduce en una obligación positiva para los Estados, que deben "establecer los medios" para que los pueblos y comunidades puedan participar, "por lo menos en la misma medida que los demás", en instituciones electivas y organismos administrativos o de otra índole (art. 6, inc. *b*, Convenio 169 de la OIT). Conjuntamente, el artículo 18 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas estipula que "los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones".

En el caso, el derecho a la participación se ve afectado no sólo por la falta de consulta previa a la sanción de la ley 2.439 sino también porque la regulación de la Municipalidad de Villa Pehuenia no prevé un mecanismo que asegure la participación permanente de las comunidades indígenas en el gobierno municipal, aun cuando se trata de una jurisdicción con gran presencia de comunidades mapuches.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén sostuvo que ese derecho estaba resguardado por la posibilidad de los miembros de las comunidades mapuches de formar parte del proceso de elección de autoridades. Sin embargo, ello no satisface el derecho a la participación especial y diferenciada acogido por el artículo 6, inciso b, del Convenio 169 de la OIT, y por el artículo 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional. Ese derecho tiene como fin revertir la situación de desigualdad en la que se encuentran los pueblos indígenas e impedir que la identidad indígena se diluya en concepciones asimilacionistas e integracionistas, que han sido dejadas de lado por las normas federales. Dicho de otro modo, su intervención en las elecciones no garantiza la participación colectiva indígena en las estructuras de poder público. Por el contrario, las citadas normas demandan la presencia de las comunidades para que puedan hacer oír su voz e incidir, en forma efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen. No puede obviarse que el logro de la igualdad social y económica de los grupos

en situación de vulnerabilidad está estrechamente asociado con el incremento de la igualdad a nivel de la participación política.

Al respecto, en un caso referido a los derechos de la participación política de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana, al interpretar el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, destaco que para que dichos derechos puedan ser ejercidos en condiciones de igualdad se debe tener en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se hallan estos grupos y diseñar mecanismos específicos de participación. En tal sentido, expreso que las comunidades indígenas "se diferencian de la mayoría de la población [...] por sus lenguas, costumbres, formas de organización y enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad] [y que] según lo dispuesto por el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana 'promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia', para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los de las comunidades indígenas y étnicas" (Corte IDH, Caso "Yatama c. Nicaragua" , sentencia del 23 de junio de 2005, párrs. 202 y 207). Destacó que "la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos políticos […] es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa" (párr. 217).

En relación al Estado argentino, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado su preocupación porque los pueblos indígenas se encuentran entre los grupos mas pobres y marginalizados, por su baja participación en la vida política y su escasa representación en el Parlamento. En consecuencia, le ha recomendado que "continúe profundizando su debate interno para encontrar la mejor forma de lograr una adecuada representación y participación indígena, en particular en los asuntos que les atañen [...] [y] recomienda que el Estado parte redoble sus esfuerzos para asegurar la plena participación de los indígenas, en especial de la mujer, en los asuntos públicos, y que tome medidas efectivas para asegurar que todos los pueblos indígenas participen en todos los niveles de la administración pública" (CERD, Observaciones finales. Argentina, CERD/C/ARG/CO/ 19-20 (2010), párrs. 23, 28 y29).

En definitiva, el Estado argentino ha asumido el compromiso internacional de adoptar medidas concretas para que las comunidades indígenas participen en los asuntos públicos. En una zona como la de

Villa Pehuenia, en la que viven grupos con una cultura diferenciada, existe un deber de las autoridades estatales de desarrollar mecanismos especiales de participación política para asegurar que las comunidades puedan tomar parte de la vida pública en pie de igualdad con el resto de la sociedad y, en especial, intervenir activamente en la definición de políticas que involucran sus Intereses.

-VIII-

Por las razones expuestas, entiendo que la sanción de la ley 2.439 y, en consecuencia, el dictado del decreto PEP 2/04 vulneraron el derecho a la consulta y a la participación de las comunidades indígenas.

Ahora bien, no puedo dejar de advertir que la declaración de Inconstitucionalidad de esas normas en el marco de la acción concreta entablada -art. 30 de la Constitución de la Provincia de Neuquén- implicaría declarar la invalidez, en forma retroactiva, de la creación misma del Municipio de Villa Pehuenia y de las autoridades electivas. Cabe resaltar, asimismo, que ese municipio viene funcionando desde hace más de diez años y desde entonces sus autoridades celebraron actos jurídicos que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole, que en gran parte se encuentran firmes. Estas graves y complejas consecuencias institucionales para toda la población deben tomarse en cuenta en la resolución de este caso.

En este contexto, cabe recordar que el Máximo Tribunal interpreto que determinadas situaciones que eran contrarias a la constitución Nacional debían ser resueltas mediante el reenvío a otros poderes del Estado para su adecuación (Fallos: 329:3089, 331:2691). En algunos supuestos, inclusive, por considerar que las soluciones requeridas eran del resorte de otros poderes, que la problemática planteada era de una delicadeza, gravedad y complejidad extrema o que la decisión podía acarrear graves consecuencias para la salud institucional, ha ordenado su subsanación y adecuación en vez de declarar la invalidez de la normativa Impugnada (Fallos: 330:2361, 331:2691).

Por todo ello, es necesario encontrar una solución que armonice las facultades provinciales de organización del régimen municipal con la delicadeza de los bienes culturales indígenas en juego (Fallos: 331:2119), que deben ser protegidos de manera imperativa.

En estas circunstancias, corresponde, en primer lugar, condenar a la Provincia de Neuquén a que, en el plazo de sesenta días, lleve a cabo la consulta que fuera omitida a fin de que la articulación entre la creación del Municipio de Villa Pehuenia y la forma de vida indígena

sea realizada a través del diálogo y de la búsqueda de acuerdos, tal como lo demandan la constitución y los instrumentos Internacionales.

En segundo lugar, cabe condenar a ese Estado provincial a que, en un plazo razonable, diseñe, en conjunto con las comunidades indígenas, los mecanismos permanentes de participación institucional para que ellas puedan incidir en la determinación de las políticas y decisiones municipales que las involucran y, adecuar, de este modo, la legislación en la materia a la constitución Nacional y a los tratados mencionados.

Tales procedimientos y mecanismos deben cumplir con los estándares internacionales fijados respecto del derecho de consulta y participación indígena.

Por último, la Corte Suprema deberá establecer un mecanismo de supervisión del cumplimiento de la sentencia, con intervención de esta Procuración General de la Nación.

-IX-

En virtud de todo lo expuesto, opino que se debe hacer lugar al recuso extraordinario Interpuesto y revocar la sentencia recurrida en los términos indicados. Buenos Aires, 8 de septiembre de 2014. *Alejandra Gils Carbó.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad".

Considerando:

1°) Que los agravios de la parte recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación, cuyos fundamentos esta Corte comparte –con excepción del último párrafo del acápite VIII- y a los cuales se remite en razón de brevedad.

2°) Que, sin perjuicio de ello, resulta fundamental reiterar que la declaración de invalidez de las normas impugnadas podría generar graves y complejas consecuencias institucionales.

3°) Que, dado que esta Corte tiene el deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar este tipo de situaciones, corresponde establecer pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarán en el tiempo. Para satisfacer este objetivo, deviene imprescindible admitir la validez de la creación del Municipio de Villa Pehuenia y de todos los actos jurídicos que celebraron sus autoridades y que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole, así como de los actos que continúen celebrando hasta tanto la provincia adecúe las normas impugnadas a la Constitución y a los instrumentos internacionales que garantizan los especiales derechos de participación de los pueblos indígenas.

Por ello, y conforme con lo dictaminado, corresponde:

1. Declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda en los términos precedentes (art. 16 de la ley 48).

2. Admitir la validez de la creación del Municipio de Villa Pehuenia y de todos los actos jurídicos que celebraron sus autoridades y que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole, así como de los actos que continúen celebrando hasta tanto la provincia adecúe las normas impugnadas a la Constitución y a los instrumentos internacionales que garantizan los especiales derechos de participación de los pueblos indígenas.

3. Condenar a la Provincia del Neuquén a que, en un plazo razonable, y en forma conjunta con las comunidades indígenas, establezca una mesa de diálogo con la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina, para que implementen la consulta que fuera omitida y diseñen mecanismos permanentes de comunicación y consulta para que los pueblos originarios puedan participar en la determinación de las políticas y decisiones municipales que los involucren y, adecuar, de este modo, la legislación en la materia a la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

4. Establecer que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén será el encargado de controlar la ejecución de la sentencia y de recibir los informes con los avances logrados en la Mesa de Diálogo.

Las costas se imponen a la parte demandada (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén rechazó la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad de la ley provincial 2439 que creó el municipio de Villa Pehuenia y del decreto del Poder Ejecutivo provincial 2/2004 que convocó a elecciones para conformar la comisión municipal respectiva (fs. 615/638 del expediente 1090/04).

Luego de señalar que la pretensión de la parte actora consistía en que se declarara que la creación del municipio sobre territorio de las comunidades mapuches no había resguardado el derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas y había omitido reconocer su preexistencia étnica y cultural (en contradicción con lo dispuesto en el art. 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales), el tribunal superior de justicia sostuvo que la citada ley 2439 no vulneraba los arts. 203 y 204 –actuales arts. 273 y 289- de la constitución local, ni el art. 53 de dicho cuerpo legal, argumentando: *i)* que la organización de un municipio era una facultad del poder legislativo provincial; *ii)* que había sido ejercida dentro del marco discrecional allí dispuesto que, por otra parte, no consagraba ningún condicionamiento en relación con la delimitación territorial sino que únicamente requería la existencia de un centro de población de 500 habitantes; y *iii)* que la estructura municipal no era incompatible con el debido respeto de la vida de la comunidad mapuche ni con el resguardo de sus derechos constituciona-

les específicos, sino que –por el contrario- era la más apta para lograr el encuentro y la coexistencia de la diversidad pluricultural.

El máximo tribunal de justicia provincial aseveró que la libre determinación de los pueblos mapuches y sus derechos específicos debían operar en el ámbito de los Estados nacional y provincial, sin menoscabar su autonomía y soberanía y manifestó que, en todo caso, el ejercicio concreto de las atribuciones gubernamentales derivado del municipio creado podría entrar en colisión con los derechos de las comunidades, cuestión que excedía los límites de la demanda.

El tribunal en cita se expidió asimismo sobre el derecho a la consulta y a la participación, consagrados en los arts. 6°, 7° y 15 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Sin perjuicio de destacar la trascendencia de dichas prerrogativas, precisó que el derecho a la consulta previa surgía solo ante medidas legislativas que incidieran en forma directa sobre las comunidades indígenas, esto es, aquellas disposiciones destinadas específicamente a esos pueblos o que por su contenido material pudieran afectarlos en asuntos que le eran propios, circunstancias que no se presentaban en el caso de la ley 2439 por tratarse de una norma de carácter general dictada en el ámbito de las competencias propias del Estado provincial. Por último, destacó que el citado convenio contemplaba el compromiso de los Estados de promover oportunidades de participación para las comunidades indígenas que fueran al menos equivalentes a las del resto de la población, lo que en el caso había sido cumplimentado mediante el llamado a elecciones ordinarias.

Contra dicha decisión la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina interpusieron recurso extraordinario federal, que fue concedido (fs. 653/671, 699/700 del citado expediente).

2°) Que el remedio federal es formalmente admisible, pues los impugnantes cuestionan la constitucionalidad de normas locales bajo la pretensión de ser contrarias al derecho a la consulta y a la participación de las comunidades indígenas reconocidos en la Constitución Nacional (art. 75, incisos 17 y 22) y en instrumentos internacionales (art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y la decisión apelada fue a favor de la validez de las disposiciones locales y, por ende, contraria al derecho federal invocado (art. 14, incisos 2 y 3, de la ley 48).

No obsta al examen de las cuestiones federales planteadas, la circunstancia de que el tribunal superior de justicia hubiera expresado la imposibilidad de resolver sobre dichos planteos en el marco de una acción de inconstitucionalidad como la intentada pues, finalmente, se expidió al respecto, lo que habilita a este Tribunal a pronunciarse sobre el punto.

3°) Que a fin de precisar el nudo del conflicto, corresponde destacar que no se encuentra controvertido en el caso que: *i)* la Provincia del Neuquén tiene facultades constitucionales para crear municipios (art. 270 de la constitución local); y *ii)* las comunidades mapuches Catalán, Puel y Plácido Puel viven en el territorio que ha quedado comprendido dentro de los límites del municipio de Villa Pehuenia, creado por la ley provincial 2439.

La cuestión a dilucidar consiste entonces en determinar si, en el caso de autos, el Estado provincial al ejercer la facultad de crear el municipio ha vulnerado los derechos a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, consagrados en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales.

4º) Que la reforma de la Constitución Nacional de 1994 reemplazó la antigua cláusula del art. 67, inciso 15, que disponía como obligación del Congreso Nacional la de "*conservar el trato pacífico con los indios, y promover a la conversión de ellos al catolicismo*", tratándolos como sujetos ajenos a la vida nacional colectiva y como objetos de dominación cultural, por el actual art. 75, inciso 17, que da cuenta de la adopción de un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Esta disposición, luego de afirmar la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, les garantiza un conjunto de derechos específicos basados en el deber de asegurar "el respeto a su identidad cultural", entre los que destaca como instrumento para hacerlos efectivos el derecho a la participación en la gestión referida a los recursos naturales y otros intereses que los afecten. Por su parte, la constitución de la Provincia del Neuquén contiene en su art. 53 una norma similar al citado art. 75, inciso 17 de la Constitución Nacional.

Esta prerrogativa importa "oír la voz de los pueblos indígenas" con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista en determinados asuntos y prevenir posibles lesiones a su identidad cultural cuando se adopten medidas que puedan afectar su forma de vida

o sus costumbres tradicionales. Esta participación debe permitir que los pueblos indígenas expresen sus inquietudes, propuestas y apreciaciones en una etapa oportuna por medio de procedimientos apropiados para resguardar sus derechos e intereses.

5°) Que a la luz de dichas premisas, y recordando que no está en discusión la facultad constitucional de la provincia prevista en el art. 270, se advierte que en el caso –tal como ha sido destacado por la señora Procuradora General de la Nación- la entidad y la repercusión de la creación del municipio de Villa Pehuenia exigía que la provincia hubiese requerido la participación de la comunidad indígena involucrada.

Ello así por cuanto la "creación legal" de un municipio no supone un acto por el cual se hace surgir una realidad de la nada; el Poder Legislativo no es un demiurgo que crea los vecinos y las viviendas que habitan, para luego afirmar que esos elementos serán a partir de su voluntad un municipio. Vecinos y viviendas constituyen una realidad prexistente que justifica la decisión gubernamental; por ello lo que hace el legislador es un acto de "reconocimiento atributivo": "reconoce" una realidad –en el caso neuquino una cantidad mínima de vecinos- y le "atribuye" un *status* jurídico específico pleno de consecuencias institucionales.

En tal sentido, la conformación de un municipio supone para el actor gubernamental (constituyente o legislador), cuando menos, dos órdenes de decisiones: a) una decisión de carácter *institucional*, por la que se establece el modelo de organización que en el futuro se adoptará, lo que conlleva la determinación de las facultades, derechos y obligaciones que se le reconocerán al gobierno local y a los vecinos; y b) otra decisión de naturaleza *territorial*, por la que se delimita el ámbito espacial de vigencia del nuevo ordenamiento dentro del que habrán de desarrollarse las relaciones vecinales y la prestación de los servicios públicos locales.

Resulta evidente que ambos aspectos (el de la nueva organización política y el de la demarcación territorial) no resultan ajenos a los pueblos y comunidades indígenas que se encuentren comprendidos; por el contrario, la "creación" municipal realizada con abstracción de la existencia de dichos pueblos (y de sus derechos) no constituye una aplicación razonada de la normativa constitucional que expresamente reconoce la obligación del Estado –nacional y provincial- de asegurar

su participación en la gestión de aquellos asuntos que puedan afectarlos (art. 75, inciso 17, anteúltimo párrafo, de la Ley Fundamental).

6°) Que, en efecto, la *adopción de un determinado modelo institucional* (comprensivo de la estructura y de las potestades asignadas al órgano competente conforme a los arts. 273 y 278 de la Constitución local) puede proyectar efectos sustantivos en la organización ancestral de los pueblos originarios. No es posible subestimar la circunstancia, señalada por las actoras, en punto a que en el seno de la población mapuche las decisiones son tomadas mediante mecanismos e instituciones propias, como son los parlamentos comunitarios y los *lonkos* que representan la autoridad moral e histórica de las comunidades. Asimismo, *la determinación de los límites geográficos* también puede impactar en los intereses de la población concernida en la medida en que se vean afectados la integridad o el uso y/o goce de dichos territorios.

No se trata de crear un Estado dentro de otro Estado, pues está claro que en nuestro país las diversas etnias, culturas y nacionalidades que habitan el suelo argentino se congregan, a los fines institucionales y con sus matices, bajo el mismo techo constitucional. De lo que se trata es de hacer viable la máxima vigencia posible de los derechos diferenciales reconocidos, y no de minimizarlos considerándolos implícitos dentro de las prerrogativas comunes al resto de la población.

7°) Que en tales condiciones, las circunstancias particulares del caso ponen de manifiesto que, al sancionar la ley 2439, el Estado provincial no ha respetado el derecho constitucional a la participación.

No solo no ha 'oído' a los pueblos y comunidades alcanzadas por dicha normativa, con carácter previo a su sanción, sino que tampoco ha contemplado la creación de mecanismos apropiados y adecuados que aseguren una participación permanente de aquellos en el diagrama del gobierno municipal creado, de modo que puedan intervenir, de manera efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas –debido a su idiosincrasia que los diferencia de la mayoría de la población- exige que el Estado diseñe, promueva y fomente diversas formas de participación que permitan a dichos sectores de la sociedad entender en los asuntos públicos que involucren sus intereses.

En esa inteligencia, la circunstancia destacada por el tribunal superior de justicia vinculada con el llamado a elecciones ordinarias como forma de cumplimentar con la participación constitucionalmente reconocida, y judicialmente reclamada, no parece atendible. La "participación" de los pueblos y comunidades indígenas no puede ser entendida con un alcance limitado al proceso de elección de autoridades; debe asegurar una interacción adecuada, armoniosa y razonable entre la forma de vida indígena y la no indígena en la gestión gubernamental, haciendo realidad el modelo de Estado multicultural y plural que ha adoptado nuestro país.

8°) Que aun cuando el desarrollo precedente lleva a admitir la pretensión de las recurrentes y, con ello, a declarar la inconstitucionalidad de la ley 2439 y del decreto 2/2004, este Tribunal no puede desconocer las consecuencias institucionales que, ineludiblemente, se derivarían de dicha decisión. En efecto, a la hora de juzgar acerca de la solución que corresponde adoptar en el caso concreto, no cabe perder de vista que el municipio creado por la referida ley se encuentra funcionando desde hace varios años.

En tales condiciones, corresponde que este Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar que los efectos de su pronunciamiento puedan acarrear graves consecuencias institucionales –incluso mayores que las que se intentan remediar- en perjuicio de toda la población, mantenga la creación del municipio de Villa Pehuenia, así como los actos jurídicos que se celebraron y que pudieron generar derechos y obligaciones de la más diversa índole (conf. doctrina Fallos: 330:2361; 331:2691).

Sin perjuicio de ello, con el fin de impedir que, de aquí en adelante, pueda presentarse un escenario análogo, corresponde establecer pautas concretas tendientes a que las medidas adoptadas se adecuen a las disposiciones previstas en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales vigentes en la materia, de modo de armonizar las facultades provinciales de organización del régimen municipal con la protección constitucional de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas (art. 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional; art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 203 de la Constitución de Neuquén).

En este particular contexto, la solución que se propone se presenta como aquella que, en un marco multicultural y diverso, permite encauzar la situación institucional vigente con la protección constitucional que requieren los pueblos y comunidades indígenas involucrados.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, se resuelve:

I.- Declarar procedente el recurso extraordinario, revocar –con el alcance indicado- la sentencia apelada, y hacer lugar a la demanda en los términos del presente fallo (art. 16 de la ley 48).

II.- Disponer que, en el marco del principio de "colaboración sin interferencia" que debe guiar la relación entre el Estado Nacional y los estados provinciales, la Provincia del Neuquén, en el plazo de 60 días, convoque y concrete una mesa de diálogo con la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina para oírlos y diseñar en forma conjunta con la Municipalidad de Villa Pehuenia mecanismos permanentes de participación institucional y comunicación, de modo que las comunidades originarias puedan intervenir en la determinación de las políticas y decisiones municipales que las involucren y, de esta forma, optimizar la convivencia entre los habitantes del municipio, adecuando –de ser necesario- la legislación en la materia.

III.- Establecer, en función del principio señalado en el ítem precedente, que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén controle la ejecución de la sentencia y reciba los informes con los avances logrados en la mesa de diálogo.

Costas a la demandada (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia)– Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

1°) La Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina –en adelante, las actoras– oportunamente iniciaron una acción de inconstitucionalidad contra la Provincia del Neuquén con el propósito de que se declare la inconstitucionalidad de la ley provincial 2439 que dispone la creación del municipio de tercera categoría denominado "Villa Pehuenia" y del decreto PEP 2/2004 que llama a elecciones para la conformación de la comisión municipal de dicho municipio. Argumentaron que no se respetó ni su derecho a ser consultadas con carácter previo a la sanción de dicha ley ni tampoco su derecho de participación. Alegaron la violación de los arts. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ambos tratados incluidos en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) y los arts. 2.1, 4.1, 5 a), 5 b), 6, 7.1, 8.1, 8.2, 13.1, 14.1 y 15.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "Convenio 169 de la OIT"), 203 de la Constitución Provincial y 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2°) El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén rechazó la acción de inconstitucionalidad deducida en instancia originaria por las actoras (fs. 615/638). Sostuvo que la ley de municipalización de Villa Pehuenia no era contraria a la constitución de la provincia (cfr. apartados IX y X). Negó que la creación del municipio de Villa Pehuenia hubiera alterado o vulnerado la identidad del pueblo mapuche. Afirmó que, si bien el Estado provincial debe respetar el ejercicio de la libre determinación de los pueblos mapuches, posibilitar la práctica de la autonomía diferenciada, respetar su identidad, su cultura, sus formas de organización social y sus capacidades para determinar sus propios desarrollos, debe hacerlo sin menoscabo de la autonomía provincial y la soberanía nacional.

Señaló, además, que la ley provincial 2439 no absorbía facultades privativas de las comunidades indígenas –como inexactamente lo había postulado la demanda– puesto que, aun con anterioridad a su sanción, las facultades del poder administrador en el ejido de Villa Pehuenia definido desde 1996 eran desempeñadas por una comisión

de fomento. Adujo que la aplicación concreta de las atribuciones municipales podía eventualmente entrar en colisión con los derechos de las comunidades indígenas pero dicha cuestión remitía a un examen particular y concreto que rebasaba los límites de la acción de inconstitucionalidad intentada.

Respecto a las alegadas violaciones de la Constitución Nacional y del Convenio 169 de la OIT, el tribunal provincial aclaró que la acción de inconstitucionalidad provincial establece un control de constitucionalidad concentrado y de efectos derogatorios y que, por lo tanto, no es un procedimiento apto para el ejercicio del control de constitucionalidad federal. No obstante ello, entendió que correspondía examinar las posibles violaciones al orden federal dada la importancia institucional del caso (cfr. apartados VIII y XI, primer párrafo).

Analizó, entonces, si la ley 2439, al reconocer categoría de municipio a Villa Pehuenia, había desconocido algún derecho de las comunidades indígenas, específicamente, el derecho estipulado en el artículo 6.1.a del Convenio 169 de la OIT. La respuesta fue negativa. Destacó, al respecto, que el Convenio OIT no establece que debe consultarse a dichas comunidades frente a toda ley que sea susceptible de afectarlas sino únicamente cuando las leyes en cuestión las afectan o puedan afectarlas directamente. Según el tribunal *a quo*, el derecho de las comunidades a ser consultadas solo emerge cuando se está ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que, de manera directa y específica, regule situaciones que repercuten en las comunidades indígenas o cuando del contenido material de la medida que se pretende sancionar se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios. De acuerdo con el tribunal *a quo*, ninguna de estas circunstancias se presentaba en relación con la ley 2439.

Por otro lado, el tribunal *a quo* afirmó que la decisión de crear el municipio de Villa Pehuenia respondía a una actuación del Estado provincial destinada al cumplimiento de un mandato impuesto por el constituyente provincial que concedió el carácter de municipio a todo poblado que superase los quinientos habitantes (art. 270, Constitución de Neuquén).

Finalmente, el tribunal *a quo* sostuvo que, en el país, la soberanía reside en el pueblo quien no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes seleccionados mediante el sufragio que constituye la

base de la organización del poder del Estado y que el pueblo es único e indivisible, aun cuando converjan en él distintas etnias y culturas. En relación con el derecho a la participación, el tribunal señaló que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados con sus pueblos indígenas se remite a la promoción de oportunidades de participación las que deben ser, al menos, equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población. Afirmó que dicho compromiso se honró al convocarse, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 4° de la ley 2439, a elecciones generales ordinarias para la integración de la primera comisión municipal.

3°) Contra la sentencia del tribunal superior, las actoras interpusieron recurso extraordinario federal que fue concedido por el tribunal *a quo* por existir cuestión federal (fs. 699/700 vta.).

Las recurrentes plantean tres agravios. En primer lugar, sostienen que la negativa del tribunal *a quo* de aplicar el derecho federal para resolver la acción local de inconstitucionalidad resulta violatoria del principio de supremacía federal establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional y que la exclusión del derecho federal es contraria a la Constitución provincial, que incorpora explícita o implícitamente todos los derechos y garantías federales al orden local.

En segundo lugar, las recurrentes alegan que no se ha honrado la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas que puedan afectar directamente sus derechos e intereses imponiendo a la comunidad mapuche un modelo político representativo, extraño a la modalidad de dicha comunidad caracterizada por la toma de decisiones mediante asambleas de familias, consultas permanentes y búsqueda de consensos. Aducen que el desconocimiento de la institucionalidad indígena y la imposición de un órgano municipal con competencia en numerosas áreas de decisiones constituyen un mecanismo de “erosión cultural” y una expresión de intolerancia estatal respecto a la propia vida cultural indígena. Sostienen que una organización municipal como Villa Pehuenia, cuando resulta de una imposición inconsulta del Estado, no incorpora en su órbita los derechos, intereses y pautas culturales de las comunidades y se constituye en un obstáculo a la autonomía indígena que la sentencia dice respetar.

Por último, disputan la interpretación que realizara el tribunal *a quo* según el cual las únicas medidas que requerirían un previo proceso de consulta serían aquellas que el Estado orienta directamente a los pueblos indígenas y no a la generalidad de los ciudadanos. Sostienen que la posibilidad de incidencia "directa" sobre los pueblos indígenas resulta de la afectación que las medidas administrativas o legislativas tengan sobre los derechos de éstos al mantenimiento de su integridad, su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones. Agregan que cualesquiera sean las formas de la medida o las intenciones de los órganos estatales y, aun si estos no advirtieran la afectación, se impone un previo proceso de consulta.

4°) A fs. 710/718 obra el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación en el que opina que se debe hacer lugar al recurso extraordinario federal y revocar la sentencia apelada. En lo sustancial, entiende que la ley 2439 y el decreto provincial PEP 2/2004 vulneraron el derecho a la consulta y a la participación de las comunidades indígenas. Sostiene que la creación de un municipio es susceptible de afectar, en forma concreta y directa, a las comunidades mapuches en relación con la adecuada protección de su tierra y territorio y con sus derechos políticos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales y a decidir de forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena.

Por otro lado, afirma que la creación de un municipio supone adoptar un modelo de organización del poder constitucional y atribuir potestades a una autoridad local, lo que repercute en los derechos políticos de las comunidades. En el caso, eso implica adoptar una estructura y un modelo de organización del poder que es ajeno a la cosmovisión y a las instituciones políticas de las comunidades indígenas. Por ello, sostiene que, si bien la ley 2439, en principio, es una norma de carácter general, tiene un impacto diferencial sobre los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población, lo que demanda abrir una instancia de diálogo sobre el modo de organización del poder constitucional a nivel local. En opinión de la señora Procuradora, la sanción de la ley 2439 implica asignar al gobierno municipal una suma de atribuciones cuyo ejercicio, como lo entendió el tribunal *a quo*, podría dar lugar en el futuro al deber de consultar a las comunidades. Sin embargo, la señora Procuradora sostiene que la mera atribución de funciones y facultades, sin consultar a las comunidades indígenas, es susceptible de afectar el

espacio de autodeterminación necesario para la preservación de la forma de vida indígena.

Agrega que, en el caso, el derecho a la participación se ve afectado no solo por la falta de consulta previa a la sanción de la ley 2439 sino también porque la regulación de la Municipalidad de Villa Pehuenia no prevé un mecanismo que asegure la participación permanente de las comunidades indígenas en el gobierno municipal, aun cuando se trata de una jurisdicción con gran presencia de comunidades mapuches.

5°) El recurso extraordinario es admisible pues las recurrentes cuestionan la constitucionalidad de normas locales –ley 2439 y decreto PEP 2/2004– por ser contrarias al derecho a ser consultadas previamente establecido en el art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT y al derecho a la participación establecido en los arts. 6.1.b y 7.1 del Convenio 169 de la OIT y en el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional y la decisión ha sido a favor de la validez de las normas locales y, por ende, contraria al derecho federal invocado por las recurrentes (art. 14, inciso 2°, de la ley 48).

6°) El procedimiento seguido por ante el tribunal superior de la Provincia del Neuquén, de acuerdo con lo dispuesto por el derecho local, tiene por objetivo el ejercicio del control de constitucionalidad abstracto, concentrado y con efectos derogatorios en caso de que se resuelva la inconstitucionalidad de la ley (cfr. ley provincial 2130). Ahora bien, ni los tribunales de la Nación ni esta Corte Suprema entre ellos cuentan con jurisdicción para dictar fallos en abstracto -sin la presencia de un caso o controversia- y con efecto abrogatorio de las leyes (art. 2° de la ley 27; doctrina de Fallos 12:372; 24:248; 115:163; 139:65; 183:76; 247:325; 313:1010; 315:276; 339:1223; entre otros), diferencia que hace necesario precisar el alcance que tendrá el pronunciamiento de esta Corte.

En esta causa las recurrentes han denunciado, entre otras cosas, que la Provincia del Neuquén, por el mero hecho de sancionar la ley 2439 que creó un municipio de tercera categoría, ha vulnerado de manera concreta el derecho que les asiste a ser consultadas de manera previa (art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT) y el derecho a participar en el funcionamiento del Municipio de Villa Pehuenia (art. 75, inciso 17 de la Constitución y arts. 6.1.b y 7.1 del Convenio 169 de la OIT). De todas las cuestiones consideradas en la sentencia apelada, estos son

los únicos puntos respecto de los cuales el proceso sustanciado y la sentencia que le puso fin tienen un efecto concreto y actual sobre los derechos de las recurrentes. Son, por lo tanto, los únicos puntos en relación con los cuales la sentencia apelada es asimilable a una decisión recaída en una causa o caso contencioso.

El resto de las cuestiones tratadas en el fallo del tribunal superior de la provincia se relacionan con la compatibilidad en abstracto de la ley 2439 con disposiciones y principios constitucionales provinciales y nacionales, cuestiones que resultan extrañas a la jurisdicción del Poder Judicial de la Nación y, por consiguiente, también al recurso extraordinario reglado en los arts. 14 a 16 de la ley 48. Es claro que si se produjeran vulneraciones concretas de sus derechos nada impedirá a la parte actora que promueva las respectivas acciones judiciales en busca del remedio que estime más adecuado.

Por último, la estructura del proceso seguido por ante el Tribunal Superior de la Provincia del Neuquén, de acuerdo con la ley local 2130, no incluyó debate alguno entre las partes sobre pretensiones distintas a la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas. Por lo tanto, la sentencia del tribunal provincial y la de esta Corte, al revisar los puntos constitucionales que se acaban de definir, se encuentra limitada a pronunciarse sobre la pretensión declarativa de inconstitucionalidad. Ello es así por las restricciones propias del debido proceso y del derecho de defensa que tales restricciones buscan preservar.

7°) Para resolver este caso, es preciso que el Tribunal determine el alcance de los derechos concedidos a las comunidades indígenas, en especial, los derechos a la consulta previa y a la participación en la adopción de aquellas medidas que las afectan.

Esta determinación debe realizarse teniendo en cuenta que, desde hace varias décadas, nuestro país se comprometió con la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas que todo el arco político consideró necesaria para contrarrestar los siglos de olvido, ostracismo y marginalidad a los que fueron sometidos. Así, entre otras cosas, en 1985 se sancionó la ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, en 1994 se incorporó a la Constitución Nacional el art. 75 inciso 17, y en el año 2000 se ratificó el Convenio 169 de la OIT.

No obstante, la decisión debe también dar cabal cumplimiento al hecho de que, en nuestro país, la soberanía reside en el pueblo que es uno solo y constituye el único sujeto colectivo con derecho a la autodeterminación colectiva. Por lo tanto, las comunidades indígenas no pueden pretender derechos políticos que ningún colectivo diferente al pueblo de la Nación y de las provincias tiene ni podría aspirar a tener dado el modo representativo, republicano y federal adoptado por esta Constitución para el gobierno de la Nación.

8°) A los fines de juzgar si el reconocimiento del estatus de municipio a Villa Pehuenia vulneró el derecho a la consulta previa de las recurrentes, es imprescindible fijar el alcance de los textos en los que las recurrentes fundan dicho derecho. En este sentido, el art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT establece que "al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán (…) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".

Surge claro del texto transcripto en el párrafo precedente que el convenio no concede el derecho a la consulta previa en relación con todas las medidas legislativas o administrativas que puedan de cualquier modo impactar a las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas no tienen, por ejemplo, el derecho a ser consultadas previamente frente a medidas que las afectan porque afectan a todos los argentinos o a todos los neuquinos o a todos los habitantes de Villa Pehuenia. Como quedó dicho precedentemente, el art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT califica el derecho a la consulta que concede mediante la expresión "susceptible de afectarles directamente".

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 31.4 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, todo tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos. Ahora bien, según la Real Academia Española, entre las acepciones del adjetivo "susceptible" se encuentra la de ser "capaz de". Por su parte, dentro de las acepciones del verbo "afectar", el Diccionario de la Real Academia incluye la de "menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente" y, por último, el adverbio "directamente" quiere decir "de modo directo". Al definir el adjetivo "directo" la Academia incluye varias acepciones pero la única que es aplicable aquí es la siguiente: "que se encamina derechamente a una mira u objeto".

Entonces, de conformidad con el sentido corriente de los términos usados en el art. 6.1.a, la consulta previa a los pueblos indígenas es obligatoria únicamente respecto de las medidas administrativas o legislativas que son capaces de menoscabar o perjudicar derechamente –y no de modo indirecto o remoto– a los derechos de las comunidades indígenas.

La exigencia de que, para que sea obligatoria la consulta previa, tiene que tratarse de una afectación a un derecho especialmente reconocido a los pueblos indígenas surge del mismo Convenio 169 de la OIT. En efecto, el Convenio 169 de la OIT no establece una obligación de consulta previa exigible por las comunidades indígenas en todos los casos sino solamente cuando se apliquen "las disposiciones del Convenio". Así lo dispone expresamente el art. 6.1.a del Convenio y se encuentra confirmado por los trabajos preparatorios en los que se indica que lo que se pretendió fue reconocer que "las poblaciones indígenas y tribuales (sic) tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones en los países donde viven y **en lo que atañe a todas las cuestiones cubiertas por el Convenio revisado y que les afecten directamente**" (OIT, observación 2010/81, página 4, el destacado es propio).

Ratifica esta interpretación el hecho de que el Convenio 169 de la OIT específicamente explicitó la necesidad de consultar a los pueblos indígenas solo en el caso de medidas que están dirigidas a las comunidades (arts. 17.2, 22.3 y 28.1) o cuando no estén dirigidas a ellas pero pueden afectarlas directamente en un derecho reconocido en el mismo Convenio (art. 15.2). Es razonable asumir que la regla general que impone el deber de consultar a las comunidades no puede ser contradictoria con la regulación específica de los casos de consulta pues el contexto, que incluye el modo en que un instituto es regulado por el tratado, debe ser siempre tenido en cuenta a los efectos de la interpretación de un tratado internacional (art. 31.2 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

De lo anterior surge con claridad que el derecho a la consulta previa solo puede esgrimirse frente a una medida legislativa o administrativa que regule de modo directo a los pueblos indígenas o a sus integrantes o, si se trata de una medida de alcance general, cuando puedan afectar directamente (y no de modo indirecto o remoto) un derecho de los pueblos indígenas reconocido por el Convenio 169 de la OIT.

9°) Ni la ley 2439 ni el decreto PEP 2/2004 –que fijaron el ejido de Villa Pehuenia e importaron la organización del poder a nivel municipal– debieron ser precedidos de una consulta. Las actoras no tienen ese derecho en tanto la creación de un gobierno municipal es una norma general que no menoscaba de un modo directo los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT a las comunidades indígenas.

Tanto la ley 2439 como el decreto PEP 2/2004 son medidas de alcance general que no fueron dirigidas única y exclusivamente a regular a los pueblos indígenas ni a sus integrantes. Además, por las consideraciones que se expresan a continuación, no se ha demostrado que dichas medidas tengan un impacto directo sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio 169 de la OIT.

La ley 2439 fijó el ejido de Villa Pehuenia pero no modificó el *status quo* existente hasta ese momento en materia de demarcación territorial pues Villa Pehuenia es territorialmente coincidente con los límites fijados en el Anexo 1 del decreto 367/96. Por otro lado, no se ha demostrado que dicha demarcación haya menoscabado de modo directo alguno de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT. En este sentido, no se ha demostrado que la mera atribución de facultades al gobierno municipal incida de modo directo en el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales que sí fueron reconocidos por el Convenio OIT 169 a las comunidades indígenas. La creación del Municipio de Villa Pehuenia no afecta el derecho a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 14); ni el derecho de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras (art. 15); ni el derecho a no ser trasladado de las tierras que ocupan (art. 16); ni el derecho a que se respeten las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos (art. 17); ni el derecho que se adopten medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo (arts. 20 y sgtes.); ni el derecho de disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales que los de los demás ciudadanos (arts. 21 y sgtes.); ni el derecho a que se les extiendan los regímenes de seguridad social progresivamente y sin discriminación (arts. 24 y sgtes.); ni el derecho a que se adopten medidas para garantizar la posibilidad de adquirir una

educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional (arts. 26 y sgtes.); ni ninguno de los otros derechos reconocidos por el Convenio.

El municipio de Villa Pehuenia es una organización del poder vecinal plenamente compatible con el modelo político representativo previsto en la Constitución de la Provincia del Neuquén. En efecto, la Constitución neuquina adopta el sistema republicano, representativo de gobierno (art.1°), declara que Neuquén es una provincia indivisible, laica, democrática y social y que "la soberanía reside en el pueblo, quien no gobierna sino por sus representantes con arreglo a esta Constitución y sin perjuicio de sus derechos de iniciativa, referéndum y revocatoria" (art. 3°).

La creación de un municipio no afecta ningún derecho reconocido a las comunidades indígenas por el Convenio 169 de la OIT ya que éste no les confiere un derecho a la autodeterminación política. Dicho en otros términos, el Convenio 169 no otorga a las comunidades indígenas el derecho a que el poder político general se organice de manera diferente al modo previsto por las normas constitucionales de los Estados en los que habitan. Por lo tanto, no puede sostenerse que las normas cuestionadas por las recurrentes, al establecer para el funcionamiento de Villa Pehuenia un modelo político representativo y no asambleísta, las afectaron directamente.

La convicción de que los firmantes del Convenio no buscaban reconocer a los pueblos indígenas el derecho a organizar el poder político de una manera distinta a la prevista en las normas constitucionales de los Estados en los que habitaban también surge claramente de una disposición del mismo Convenio. Así, el art. 1.3 del Convenio 169 de la OIT justamente buscó evitar que se entendiese que la designación del colectivo de los indígenas como "pueblo" en el tratado pudiera sugerir que dicho sujeto colectivo tuviera el derecho a la autodeterminación política. Por eso, se estableció explícitamente que "la utilización del término 'pueblos' en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional". De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo el artículo 1(3) buscaba "evitar cuestionamientos legales internacionales en relación con el concepto de 'pueblos', en particular el derecho a la libre determinación, que se reconoce como un derecho de 'todos los pue-

blos', según está establecido en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Más aún, la OIT dejó en claro que en el artículo 1(3) se incluyó "un descargo en relación con el término 'pueblos'" pues "durante la adopción del Convenio 169 en 1989, dado que el mandato de la OIT son los derechos económicos y sociales, se consideró que estaba fuera de la competencia interpretar el concepto político de libre determinación" (Organización Internacional del Trabajo, Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT, pág. 25).

De la Convención surge, entonces, lo que es determinante para la resolución de esta causa, más precisamente, que el Convenio 169 de la OIT no reconoce a los pueblos indígenas derechos de soberanía o autonomía política.

Los trabajos preparatorios confirman la interpretación a la que se ha arribado. De ellos surgen que "la preocupación de quienes no desean utilizar la palabra 'pueblos' obedece al temor de que dicho término entrañe el reconocimiento de un derecho a cierto grado de autonomía política, inaceptable para muchos Estados". La Oficina estima que "tal implicación puede evitarse si los debates de la Conferencia dejan bien claro que tal término se utiliza para reconocer que estos grupos tienen identidad propia y se consideran a sí mismos como pueblos, pero que las implicaciones del término dentro del contexto nacional de los Estados que ratifiquen el convenio deben fijarse a nivel nacional". Asimismo, en los trabajos preparatorios, se ha dejado constancia que "la oficina no propone que el convenio revisado proporcione una definición completa del término 'pueblos', si bien estima que sería conveniente aclarar que la utilización de esa palabra en el convenio no se debería interpretar en el sentido de que implique el derecho a la autodeterminación política, puesto que esta cuestión no es, evidentemente, de la competencia de la OIT" (Los trabajos preparatorios del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Konrad Adenauer Stiftung, Mgr. Marco Antonio Huaco Palomino Lima, 2015, págs. 60 y 64).

10) Por otra parte, la provincia del Neuquén, al sancionar la ley 2439 y el decreto PEP 2/2004 tampoco ha incurrido en una falla convencional en relación con el derecho a la participación de las comunidades indígenas.

El art. 6.1.b del Convenio 169 de la OIT dispone que los Estados deberán "establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan". La Provincia del Neuquén, al sancionar la ley 2439 y el decreto PEP 2/2004, no ha violado esta obligación pues la municipalización de Villa Pehuenia no niega a las comunidades indígenas ningún modo de participación que fuera reconocido al resto de la población. El decreto de convocatoria a elecciones para cubrir los cargos municipales es de carácter general, confiere a toda persona un voto y no contiene exclusión ni discriminación alguna en perjuicio de ningún individuo de ninguna comunidad.

Es verdad que el artículo 7.1 del referido Convenio establece que "los pueblos interesados (...) deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente" pero nada hay en la ley 2439 que pueda ser interpretado como un obstáculo para que, en el futuro, las comunidades indígenas participen a través de un adecuado sistema de consulta en la adopción por las autoridades provinciales y municipales de políticas y programas que les conciernan directamente.

El Convenio 169 de la OIT no exige que se establezcan mecanismos determinados o específicos, como parecen sugerir las recurrentes, para asegurar la participación de los pueblos indígenas en las políticas y programas que les conciernan. Por el contrario, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, cada Estado podrá determinar la naturaleza y alcance de las medidas que aseguran el derecho a la participación de las comunidades indígenas según las condiciones propias de cada país (cfr. artículo 34, Convenio 169 de la OIT). Por lo tanto, no puede concluirse que la ley 2439 o el decreto PEP 2/2004 vulneraron derecho alguno de las comunidades indígenas. Los trabajos preparatorios, una vez más, refuerzan esta conclusión pues de ellos se desprende que el texto del Convenio buscó "permitir, pero no exigir, medidas tales como la asignación de escaños especiales en el cuerpo legislativo o la reserva de empleos en la administración pública" (Los trabajos preparatorios del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Konrad Adenauer Stiftung, Mgr. Marco Antonio Huaco Palomino Lima, 2015, págs. 144/145).

11) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (fs. 655), mencionada por las recurrentes, no es aplicable al caso. Según dicha Declaración, los Estados "celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado" (art.19). Además, la referida declaración reconoce el derecho a la libre determinación (art.3); que importa el derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas (art.4). Por último y en lo que aquí interesa, la mencionada Declaración establece que "los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo" (art.20).

En primer lugar, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (A/RES/61/295) no es fuente de obligaciones para nuestro país por cuanto, como toda resolución de la Asamblea General, se trata de una recomendación que, en principio, no tiene carácter vinculante (cfr. arg. arts. 10 y 13 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas aprobada por decreto/ley 21.195 –ratificado por ley 12838– y ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 24 de septiembre de 1945; Brownlie Ian, "Principles of Public International Law", Clarendon Press, Oxford, cuarta edición, pág. 699; Klabbers Jan, "An Introduction to International Institutional Law", Cambridge University Press, 2002, págs. 206/207) salvo que se demuestre que sus disposiciones han codificado, cristalizado o generado normas de derecho consuetudinario o que reflejan un principio general de derecho (art. 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; Diez de Velasco Manuel, "Instituciones de Derecho Internacional Público", decimoséptima edición, 2009, Editorial Tecnos, págs. 240/241; Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, ICJ Reports 1996, párrafo 70). Las recurrentes no han alegado –ni menos aún probado– que alguna de las circunstancias antes mencionadas se configure en este caso y, por ello, la mera invocación de dicha declaración no puede servir como fundamento de una decisión legal.

Por otro lado, aun cuando por vía de hipótesis se admitiera su carácter vinculante, las disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas no avalan la posición de las recurrentes. Ello es así pues dicha declaración solo reconoce el derecho a la consulta previa y el derecho a la autonomía y autogobierno en los asuntos internos y locales de las comunidades indígenas pero en modo alguno impone a los estados una restricción a su soberanía ni condiciona su unidad política. En efecto, el art. 46 de la misma Declaración no sólo dispone que "nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que (…) autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes" sino que también establece que el ejercicio de los derechos por ella establecidos se encuentra sujeto a "las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos".

12) Por último, el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional no otorga sustento a los agravios de las recurrentes. Cabe recordar, sintéticamente, que en el recurso extraordinario la parte actora ha sostenido que la municipalización de Villa Pehuenia y la designación de sus autoridades mediante la realización de elecciones constituyen "la imposición de un solo modelo político representativo, extraño a la modalidad asambleística de las comunidades". Agregó que el "desconocimiento de la propia institucionalidad indígena y la imposición de un órgano municipal con competencia en numerosas áreas de decisiones constituye un mecanismo de 'erosión cultural' y una expresión de intolerancia estatal respecto a la propia vida cultural indígena".

Las recurrentes se quejan por la imposición de un sistema decisorio que, según ellas, avanza hacia el interior de la vida de las comunidades indígenas. Esto es erróneo. La municipalización de Villa Pehuenia no implica imponer ningún sistema para la toma de decisiones internas de la comunidad indígena. El municipio de Villa Pehuenia, que incluye a toda la población del ejido sea indígena o no, no determina cómo deben decidir sus asuntos las recurrentes. Las regulaciones que Villa Pehuenia podrá en lo sucesivo adoptar son, por decirlo de alguna manera, externas a la comunidad indígena y producto del sistema político republicano y representativo que rige en la Provincia del Neuquén y, más generalmente, en toda la Nación. En síntesis, el municipio de Villa Pehuenia no es una amenaza a la vida interna de las

comunidades indígenas y, obviamente, Villa Pehuenia no tiene la obligación de organizarse, siquiera parcialmente, por el sistema "asambleístico" propio de las comunidades. Ello solo sería posible si antes se reformase la Constitución Nacional ya que, de acuerdo con ella, el gobierno nacional, provincial y municipal debe adaptarse a la forma representativa y republicana.

13) El art. 75 inciso 17 de la Constitución dispone con claridad que es obligación del Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. De todos modos, no establece lo que necesitarían las actoras para que su reclamo pudiese prosperar, más precisamente, que los pueblos indígenas tienen, además, superioridad *política* sobre el resto de la Nación. En otros términos, el art. 75 inciso 17 no asigna a los pueblos indígenas derechos políticos por encima de los derechos del resto de los ciudadanos que, por esa razón, impongan al estado provincial la obligación de respetar una manera de tomar decisiones que, como las del sistema asambleístico, es extraña a la forma de gobierno representativa y republicana.

Las manifestaciones realizadas por los constituyentes en la reforma de 1994 ratifican dicha conclusión. En efecto, la Reforma Constitucional reconoció un nuevo paradigma de respeto y protección a la diversidad cultural admitiéndose que "la Nación Argentina es una sociedad multiétnica y pluricultural" pero con la aclaración que era "única, integrada e indivisible" (manifestaciones del señor convencional constituyente Díaz, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Reunión 29, Sesión 3°, 11 de agosto de 1994, pág. 4083). Asimismo, conscientes de las malas interpretaciones que podría ocasionar el compromiso con el respeto a las comunidades se sostuvo que "no se nos escapa que este tema del reconocimiento de los indígenas como pueblos es objeto de resquemores". Se agregó que "muchos de los convencionales han manifestado incluso su temor de que pudieran reclamar la independencia política del Estado" aclarándose que "el mismo Convenio 169 en el artículo 1, inciso 3, aventa esa posibilidad" y que, por otra parte, "de ninguna manera es el objetivo de los pueblos indígenas que a lo largo de la historia han probado su pertenencia a la Nación Argentina y usado orgullosamente sus símbolos afirmando nuestra soberanía" (manifestaciones de la señora convencional constituyente Rocha de Feldman, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Reunión 29, Sesión 3°, 11 de agosto de 1994, pág. 4088).

Por lo demás, la creación de Villa Pehuenia no "absorbió" el poder a las comunidades indígenas —como alega la recurrente a fojas 655—, y, por lo tanto, no hubo en modo alguno "usurpación" del poder de otro sino más bien una continuidad con el poder propio que era antes ejercido por una comisión de fomento y después de la municipalización pasó a serlo por el municipio de Villa Pehuenia. En otras palabras, siempre hubo sobre las tierras en las que residen las comunidades mapuches una autoridad *estatal* organizada de acuerdo a lo establecido en la Constitución Nacional.

14) Por último, ni la municipalización de Villa Pehuenia, ni la convocatoria a elecciones para designar sus autoridades se refiere de ningún modo, directo o indirecto, a los intereses expresamente mencionados en la Constitución en el art. 75 inciso 17 respecto de los cuales las comunidades tienen que tener derecho a participar en su gestión, ni tampoco a otros no mencionados pero que tengan una relación similar con las formas de vida de los pueblos indígenas: no se trata de una medida concerniente a la propiedad de las tierras, ni a su uso, ni a los recursos naturales, ni a cuestiones tales como la educación de los niños, las relaciones familiares, la práctica de sus costumbres alimentarias, constructivas, estéticas, fúnebres y demás creencias de tipo religioso o moral, que hacen a la vida de la comunidad, aspectos a los que se alude de manera general en el recurso extraordinario (cfr. fs. 655). No se afectan la identidad, educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica, la posesión o la propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas.

En todo caso, si en el futuro sucediera que Villa Pehuenia se vea en la situación de tomar decisiones susceptibles de afectar a las comunidades en alguno de esos intereses, tales medidas deberán estar precedidas de las correspondientes consultas y, en su caso, acompañadas por un mecanismo adecuado para asegurar la participación indígena en la gestión de las actividades correspondientes.

El error de las recurrentes es pretender que la existencia del municipio en sí misma se sujete a la consulta y participación previa de las comunidades indígenas cuando dicha existencia no es más que la forma que adopta el estado a nivel local, de acuerdo con lo prescripto por los arts. 5 y 123 de la Constitución.

La elección de la forma en que debe cumplirse con la obligación estatal de permitir la participación de las comunidades en la gestión de los intereses que las afectan no está restringida o limitada por ninguna norma nacional que pueda servir de base a esta Corte para imputar a la provincia el incumplimiento del deber de establecer un cierto mecanismo de participación y, menos aún, para concluir que debió hacerlo antes de sancionar la ley 2439. Está dentro de las facultades propias de la provincia adoptar una estructura permanente de participación o bien convocar a la participación de los pueblos indígenas frente a cada caso en que las medidas puedan afectar sus intereses indígenas. La provincia también puede generar un espacio de participación dentro del gobierno o fuera de él; concebir formas de participación uniformes o diferenciadas según el tipo de cuestión (educación, salud, recursos naturales, usos de las tierras, etcétera), entre otras muchas variaciones. Se trata, como lo dice expresamente el art. 75, inciso 17, de facultades que las provincias pueden ejercer de manera *concurrente* con el Congreso.

15) Lo dicho en los considerandos anteriores en nada menoscaba la plena vigencia del derecho a la consulta previa y a la participación de las comunidades indígenas ni de ninguno de los otros derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT y la Constitución Nacional. Por ello, en el futuro, la Provincia del Neuquén deberá realizar una consulta previa a la adopción de toda medida legislativa o administrativa que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas o sus comunidades, ya sea que dicha afectación se derive de los propios términos de la medida administrativa o legislativa en cuestión o que ésta genere un impacto directo sobre los derechos concedidos a la comunidad indígena o a sus integrantes por el Convenio 169 de la OIT. Las consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (art. 6.2, Convenio 169 de la OIT).

Además, la Provincia del Neuquén deberá asegurar que los pueblos interesados puedan participar libremente en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan así como en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Por último, la Provincia del Neuquén deberá respetar el derecho a la participación en la gestión de los recursos naturales ubicados en las tierras de posesión y propiedad comunitaria y en la gestión de los demás intereses vinculados estrechamente con su identidad como pueblos originarios, de conformidad con lo prescripto en el inciso 17 del art. 75 de la Constitución Nacional.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, se rechaza el recurso extraordinario federal y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden atento a las particularidades de la cuestión planteada (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso extraordinario interpuesto por la **Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina,** representadas por el **Dr. Juan Manuel Salgado**.

Traslado contestado por la **Provincia de Neuquén,** representada por el **Dr. Alfredo David Sauman**, con el patrocinio del señor **Fiscal del Estado Dr. Raúl Miguel Gaitán.**

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén**.

DE AGUIRRE, MARÍA LAURA Y OTRO C/ LA PAMPA, PROVINCIA DE Y OTRO (ESTADO NACIONAL) S/ AMPARO AMBIENTAL

MEDIO AMBIENTE

En mérito a la constancias de la causa y de las denuncias efectuadas, corresponde a la Corte como custodio de las garantías constitucionales y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que el juez podrá disponer las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar hechos dañosos en el proceso a fin de proteger efectivamente el interés general (artículo 32), ordenar las siguientes medidas sin perjuicio de lo que en definitiva se decida: requerir a la Provincia de La Pampa, la presentación del programa ejecutivo de la obra denominada "Provisión transitoria de agua desde el Valle Argentino al Acueducto del Río Colorado"; que acompañen todas las actuaciones relativas a los distintos aspectos ambientales del proyecto de acuerdo con la regulación de presupuestos mínimos aplicable y vigente, en especial: (a) evalua-

ción de impacto ambiental, (b) sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, (c) sistema de diagnóstico e información ambiental, (d) mecanismos de participación ciudadana.

MEDIO AMBIENTE

En mérito a la constancias de la causa y de las denuncias efectuadas, corresponde a la Corte como custodio de las garantías constitucionales y con fundamento en la Ley General de Ambiente, en cuanto establece que el juez podrá disponer las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general (artículo 32), ordenar las siguientes medidas: declarar la competencia de la Corte para conocer en la causa por vía de su instancia originaria; requerir a la Provincia de La Pampa, la presentación del programa ejecutivo de la obra denominada "Provisión transitoria de agua desde el Valle Argentino al Acueducto del Río Colorado"; que acompañen todas las actuaciones relativas a los distintos aspectos ambientales del proyecto de acuerdo con la regulación de presupuestos mínimos aplicable y vigente, en especial: (a) evaluación de impacto ambiental, (b) sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, (c) sistema de diagnóstico e información ambiental, (d) mecanismos de participación ciudadana (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-1-

María Laura de Aguirre y Fernando Omar Feito, ambos vecinos de General Acha, Departamento de Utracán, Provincia de La Pampa, promueven acción de amparo contra la Provincia de Pampa y el Estado Nacional (Poder Ejecutivo) a fin de que primera cumpla con el Estudio de Impacto Ambiental y correspondiente Evaluación de Impacto Ambiental respecto de la obra denominada "Provisión transitoria de agua desde el Valle Argentino al Acueducto del Río Colorado" y se efectúe el proceso de participación ciudadana pertinente en forma conjunta con la Provincia de Buenos Aires y la Secretaría de Ambiente de la Nación, de conformidad con las leyes 25.675 General del Ambiente (LGA) y 25.688 de Gestión de Aguas.

Asimismo, demandan al Estado Nacional por la omisión en que ha incurrido al no efectuar la reglamentación de la ley 25.688 y para que cumpla con lo ordenado en su art. 7°, inc. b, a efectos de que se fijen las directrices para la recarga y protección de los acuíferos, condición previa y basal del estudio de impacto ambiental peticionado.

Indican que deducen la acción en su carácter de "afectados", en los términos de los arts. 43 de la Constitución Nacional y 32 de la Ley General del Ambiente, puesto que son vecinos de la Ciudad de General Acha, que abastece de agua potable a sus 15.000 habitantes con las aguas del Acuífero del Valle Argentino, que es una Reserva Hídrica Estratégica, según la resolución 11/2013 de la Secretaría de Recursos Hídricos de la provincia, de carácter interjurisdiccional, puesto que se lo define como una unidad geomorfológica que se extiende desde el Oeste, en la localidad de Chacharramendi, Provincia de La Pampa, hasta internarse en la Provincia de Buenos Aires, hacia el Este, en la depresión Guarainí-Valimanca (ver fs. 259 vta.).

Dicen que la Provincia de la Pampa pretende llevar adelante la obra que se denuncia a fin de evitar el desabastecimiento de agua potable de las localidades pampeanas de Quehué, Ataliva Roca, Santa Rosa y Toay, cuando se produzcan fallas en el funcionamiento del defectuoso Acueducto del Río Colorado (que las alimenta), como así también, en situaciones en las que deje de prestar servicio por mantenimiento o readecuación.

A tal efecto, aducen que la Provincia de La Pampa ha elaborado un proyecto de ley que ha ingresado a la Cámara de Diputados provincial (por nota número 187SG/18 bajo el expediente nº 14368 2) por el cual pretende declarar de utilidad pública y sujetas a expropiación determinadas zonas del Valle Argentino, y que, según consta en el expediente nº 4985/2018 de la Subsecretaría Ambiental de la provincia, la obra está proyectado llevarla a cabo sin cumplir con los términos de las leyes 25.675 y 25.688, puesto que está planificada sin el correspondiente estudio de impacto ambiental, sin la evaluación de impacto ambiental y sin cumplir con el proceso de participación ciudadana requeridos por la legislación ambiental.

Señalan que en la descripción del plan de acción se realizarán 40 perforaciones en el Acuífero del Valle Argentino, las cuales tendrán 150 metros de profundidad, y desde allí se obtendrá el agua potable para inyectar al Acueducto del Río Colorado en las situaciones mencionadas, a fin de solucionar una crisis de agua de larga data, pero afectando la integridad física, química y biológica del Acuífero Valle

Argentino, cuya oferta de agua cada vez es menor, ya que su sistema de recarga depende de las escasas lluvias pampeanas , sobreexplotando el sistema con el riesgo de salinizarse y de comenzar a presenciar arsénico en el agua (según informe técnico agregado como prueba documental), lo cual lesiona, restringe, altera y amenaza los derechos de incidencia colectiva de los habitantes de la zona a un ambiente equilibrado y de acceso al agua potable (art. 41 de la Constitución Nacional y las leyes 25.675 y 25.688).

Solicitan la citación como tercero al pleito de la Provincia de Buenos Aires, en los términos del art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, puesto que también será afectada, en tanto el Acuífero Valle Argentino es un recurso ambiental interjurisdiccional compartido entre las provincias de La Pampa y Buenos Aires (cnf. art. 7° de la LGA).

Además, requieren que se ordene una medida cautelar para que cese y se suspenda la totalidad de acciones direccionadas a iniciar la obra, hasta tanto no se dé cumplimiento a la realización del estudio de impacto ambiental a su correspondiente evaluación, del mecanismo de participación ciudadana señalados y a las directrices para la recarga y protección de acuíferos que debe fijar el Estado Nacional.

El 18 de noviembre de 2018, los actores amplían la demanda y presentan como hecho nuevo que, el 8 de noviembre de este año, fue aprobado en la Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa el "proyecto de ley" (expediente 14368 2) que autoriza la expropiación de los terrenos necesarios para dar inmediato inicio a las perforaciones y extracción de agua del Acuífero del Valle Argentino de carácter interjurisdiccional.

A fs. 268, se corre vista por la competencia a esta Procuración General.

-II-

Cabe recordar que el Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art. 24, inc. 1° del decreto-ley 1285/58) porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986 (Fallos: 312:640; 313:127 y 1062 y 322:1514, entre muchos otros).

Sentado lo expuesto, entiendo que ante todo se debe determinar si en autos se configuran dichos requisitos.

A tal efecto, corresponde señalar que en los procesos referidos a cuestiones ambientales la competencia originaria procede si es parte una provincia y la causa reviste naturaleza exclusivamente federal, para lo cual es necesario que se configure la interjurisdiccionalidad prevista en el art. 7° segundo párrafo, de la Ley General del Ambiente, que dispone que la competencia corresponderá a los tribunales federales cuando "el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación recursos ambientales interjurisdiccionales".

En ese sentido, es dable resaltar que la Corte, a través de distintos precedentes, ha delineado los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar la procedencia de dicha competencia federal en razón de la materia ambiental, establecer que, en primer término, hay que delimitar el ámbito territorial afectado pues, como lo ha previsto el legislador nacional, aquélla corresponde cuando está en juego un recurso ambiental inter jurisdiccional (Fallos: 327:3880 y 329:2316) o un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial (Fallos: 330:4234; 331:1679).

Asimismo, es preciso recordar que la definición de la naturaleza federal del pleito debe ser realizada con especial estrictez, por lo que resulta imprescindible demostrar, con alguna evaluación científica, la efectiva contaminación o degradación -según los términos de la Ley General del Ambiente- del carácter inter jurisdiccional de tal recurso, esto es, la convicción debe necesariamente surgir de los términos en que se formule la demanda y de los estudios ambientales que la acompañen, lo que permitirá sostener la pretendida interjurisdiccionalidad, o, en su defecto, la de alguna evidencia que pruebe que resulta verosímil la afectación de las jurisdicciones involucradas (Fallos: 329:2469 y 330:4234).

En tales circunstancias, a mi modo de ver, la mentada interjurisdiccionalidad del recurso ambiental presuntamente afectado queda suficientemente acreditada con los elementos de prueba agregados a la causa, de los que surge que existe una vinculación física entre la obra proyectada y el Acuífero del Valle Argentino, y una efectiva degradación de un recurso natural de carácter interjurisdiccional, compartido por las provincias de La Pampa y Buenos Aires.

En consecuencia, puede afirmarse que la controversia es común también a la Provincia de Buenos Aires, toda vez que también ejerce la jurisdicción por atravesar dicho acuífero su territorio, y que concurren

en la causa los extremos que autorizan a considerar la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en razón de la propia naturaleza de la relación jurídica controvertida que vincula a las partes en el proceso, la cual, a mi juicio, es de carácter inescindible, pues exige ineludiblemente la integración de la litis con los titulares del dominio del bien colectivo presuntamente afectado, a los fines de que la sentencia pueda ser pronunciada útilmente (confr. dictamen *in re* A. 556, L. XLIII, Originario "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y. P. F. S.A. y otros s/ medida cautelar", del 5 de diciembre de 2007) y también lo es al Estado Nacional, en virtud de la naturaleza federal de dicho recurso natural, tal como lo sostuvo V.E. en las causas *"Mendoza"* y *"Pla"*, Fallos: 329:2316 y 331:1243, respectivamente.

En tales condiciones, dado el manifiesto carácter federal de tal materia, en tanto se encuentra en juego la protección y preservación de un recurso natural de carácter interjurisdiccional y al ser partes la Provincia de La Pampa y la Provincia de Buenos Aires, junto con el Estado Nacional, que concurre como parte necesaria a integrar la litis en virtud de la naturaleza federal del caso en examen (Fallos: 329:2316), entiendo que -cualquiera que sea la vecindad o nacionalidad de los actores (Fallos: 317:473; 318:30 y sus citas y 323:1716, entre otros) la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte.

En efecto, cabe agregar que esta solución también satisface la prerrogativa jurisdiccional del Estado Nacional de ser demandado ante los tribunales federales, de conformidad con el art. 116 de la Ley Fundamental.

En razón de lo expuesto, opino que el proceso debe tramitar en la instancia originaria del Tribunal. Buenos Aires, 23 de noviembre de 2018. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de abril de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 256 María Laura de Aguirre y Fernando Omar Feito, ambos vecinos de General Acha, Departamento de Utracán, Pro-

vincia de La Pampa, promueven acción de amparo contra la Provincia de La Pampa y el Estado Nacional (Poder Ejecutivo) a fin de que la primera cumpla con el Estudio de Impacto Ambiental y la correspondiente Evaluación de Impacto Ambiental respecto de la obra denominada "Provisión transitoria de agua desde el Valle Argentino al Acueducto del Río Colorado" y se efectúe el proceso de participación ciudadana pertinente en forma conjunta con la Provincia de Buenos Aires y la Secretaría de Ambiente de la Nación, de conformidad con las leyes 25.675 General del Ambiente (LGA) y 25.688 de Gestión de Aguas.

2°) Que, también, demandan al Estado Nacional por la omisión en que ha incurrido al no efectuar la reglamentación de la ley 25.688 y para que cumpla con lo ordenado en su art. 7°, inc. b, a efectos de que se fijen las directrices para la recarga y protección de los acuíferos, condición previa y basal del estudio de impacto ambiental peticionado.

Indican que deducen la acción en su carácter de "afectados", en los términos de los arts. 43 de la Constitución Nacional y 32 de la Ley General del Ambiente, puesto que son vecinos de la Ciudad de General Acha, que abastece de agua potable a sus 15.000 habitantes con las aguas del Acuífero del Valle Argentino, que es una Reserva Hídrica Estratégica, según la resolución 11/2013 de la Secretaría de Recursos Hídricos de la provincia, de carácter interjurisdiccional, puesto que se lo define como una unidad geomorfológica que se extiende desde el Oeste, en la localidad de Chacharramendi, Provincia de La Pampa, hasta internarse en la Provincia de Buenos Aires, hacia el Este, en la depresión Guaminí-Valimanca (fs. 259 vta.).

3°) Que, afirman que la Provincia de la Pampa pretende llevar adelante la obra que se denuncia a fin de evitar el desabastecimiento de agua potable de las localidades pampeanas de Quehué, Ataliva Roca, Santa Rosa y Toay, cuando se produzcan fallas en el funcionamiento del defectuoso Acueducto del Rio Colorado (que las alimenta), como así también, en situaciones en las que deje de prestar servicio por mantenimiento o readecuación.

A tal efecto, a fs. 242/250 obra el proyecto de ley que ingresó y fue aprobado por la Cámara de Diputados provincial (por nota número l87SG/18 bajo el expediente n° 14368 2) por el cual se declaran de uti-

lidad pública y sujetas a expropiación determinadas zonas del Valle Argentino, cuya ubicación y emplazamiento definitivo, surgirán de los informes técnicos y mensuras que se elaboren en la medida del avance de la obra y del Proyecto Ejecutivo definitivo para la ejecución de la obra "Provisión transitoria de agua desde el Valle Argentino al Acueducto del Río Colorado"

4°) Que, de acuerdo a lo manifestado por los actores, a fs. 262, según consta en el expediente n° 4985/2018 de la Subsecretaría Ambiental de la provincia, la obra está proyectada llevarla a cabo sin cumplir con los términos de las leyes 25.675 y 25.688, puesto que está planificada sin el correspondiente estudio de impacto ambiental, sin la evaluación de impacto ambiental y sin cumplir con el proceso de participación ciudadana requeridos por la legislación ambiental.

Señalan que en la descripción del plan de acción se realizarán 40 perforaciones en el Acuífero del Valle Argentino, las cuales tendrán 150 metros de profundidad, y desde allí se obtendrá el agua potable para inyectar al Acueducto del Río Colorado en las situaciones mencionadas, a fin de solucionar una crisis de agua de larga data, pero afectando la integridad física, química y biológica del Acuífero Valle Argentino, cuya oferta de agua cada vez es menor, ya que su sistema de recarga depende de las escasas lluvias pampeanas, sobreexplotando el sistema con el riesgo de salinizarse y de comenzar a presenciar arsénico en el agua (según informe técnico agregado como prueba documental a fs. 197 a 217), lo cual lesiona, restringe, altera y amenaza los derechos de incidencia colectiva de los habitantes de la zona a un ambiente equilibrado y de acceso al agua potable (art. 41 de la Constitución Nacional y las leyes 25.675 y 25.688).

Solicitan la citación como tercero al pleito de la Provincia de Buenos Aires, en los términos del art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, puesto que también será afectada, en tanto el Acuífero Valle Argentino es un recurso ambiental interjurisdiccional compartido entre las provincias de La Pampa y Buenos Aires (conf. art. 7° de la LGA).

Además, requieren que se ordene una medida cautelar para que cese y se suspenda la totalidad de acciones direccionadas a iniciar la obra, hasta tanto no se dé cumplimiento a la realización del estudio de

impacto ambiental, a su correspondiente evaluación, del mecanismo de participación ciudadana señalados y a las directrices para la recarga y protección de acuíferos que debe fijar el Estado Nacional.

5°) Que, el 8 de noviembre de 2018, fue aprobado en la Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa el "proyecto de ley" (expediente 14368 2) que autoriza la expropiación de los terrenos necesarios para dar inmediato inicio a las perforaciones y extracción de agua del Acuífero del Valle Argentino de carácter interjurisdiccional.

6°) Que, posteriormente, los actores realizan una nueva presentación ampliando la demanda en razón de la aprobación del presupuesto 2019 en el que figura, bajo el número 8767, la partida presupuestaria correspondiente a la realización de las obras para el proyecto que se cuestiona y la notificación fehaciente a todos los propietarios de los inmuebles afectados por la ley 3122, acerca de la necesidad de ingreso a sus fincas con el objeto de comenzar de forma inmediata las perforaciones en razón del estado de necesidad y urgencia que amerita la ejecución de la obra (fs. 427 vta.). Asimismo, reiteran el pedido de dictado de medida cautelar hasta que este Tribunal se pronuncie sobre su competencia.

7°) Que, en mérito de las constancias obrantes en el caso y a tenor de las denuncias efectuadas, el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que "el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general" (artículo 32, ley 25.675), ordenará las medidas que se disponen en la parte dispositiva de este pronunciamiento.

Por ello, oída en esta instancia la señora Procuradora Fiscal, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida, se resuelve: (I) requerir a la Provincia de La Pampa, la presentación del programa ejecutivo de la obra denominada "Provisión transitoria de agua desde el Valle Argentino al Acueducto del Río Colorado"; (II) que acompañen todas las actuaciones relativas a los distintos aspectos ambientales del proyecto de acuerdo con la regulación de presupuestos mínimos aplicable y vigente, en especial: (a) evaluación de impacto ambiental, (b) sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, (c) sistema de diagnóstico e información ambiental, (d) mecanismos de participación ciudadana.

En todos los casos, para su cumplimiento, se fija un plazo de 30 (treinta) días. Para su comunicación, líbrense los oficios pertinentes con habilitación de días y horas inhábiles.

Carlos Fernando Rosenkrantz (según su voto)– Elena I. Highton de Nolasco (según su voto)– Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Voto del Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz y de la Señora Vicepresidenta Doctora Doña Elena I. Highton de Nolasco

Considerando:

1°) Que a fs. 256 María Laura de Aguirre y Fernando Omar Feito, ambos vecinos de General Acha, Departamento de Utracán, Provincia de La Pampa, promueven acción de amparo contra la Provincia de La Pampa y el Estado Nacional (Poder Ejecutivo) a fin de que la primera cumpla con el Estudio de Impacto Ambiental y la correspondiente Evaluación de Impacto Ambiental respecto de la obra denominada "Provisión transitoria de agua desde el Valle Argentino al Acueducto del Río Colorado" y se efectúe el proceso de participación ciudadana pertinente en forma conjunta con la Provincia de Buenos Aires y la Secretaría de Ambiente de la Nación, de conformidad con las leyes 25.675 General del Ambiente (LGA) y 25.688 de Gestión de Aguas.

2°) Que, también, demandan al Estado Nacional por la omisión en que ha incurrido al no efectuar la reglamentación de la ley 25.688 y para que cumpla con lo ordenado en su art. 7°, inc. b, a efectos de que se fijen las directrices para la recarga y protección de los acuíferos, condición previa y basal del estudio de impacto ambiental peticionado.

Indican que deducen la acción en su carácter de "afectados", en los términos de los arts. 43 de la Constitución Nacional y 32 de la Ley General del Ambiente, puesto que son vecinos de la Ciudad de General Acha, que abastece de agua potable a sus 15.000 habitantes con las aguas del Acuífero del Valle Argentino, que es una Reserva Hídrica Estratégica, según la resolución 11/2013 de la Secretaría de Recursos

Hídricos de la provincia, de carácter interjurisdiccional, puesto que se lo define como una unidad geomorfológica que se extiende desde el Oeste, en la localidad de Chacharramendi, Provincia de La Pampa, hasta internarse en la Provincia de Buenos Aires, hacia el Este, en la depresión Guaminí-Valimanca (fs. 259 vta.).

3°) Que, afirman que la Provincia de la Pampa pretende llevar adelante la obra que se denuncia a fin de evitar el desabastecimiento de agua potable de las localidades pampeanas de Quehué, Ataliva Roca, Santa Rosa y Toay, cuando se produzcan fallas en el funcionamiento del defectuoso Acueducto del Rio Colorado (que las alimenta), como así también, en situaciones en las que deje de prestar servicio por mantenimiento o readecuación.

A tal efecto, a fs. 242/250 obra el proyecto de ley que ingresó y fue aprobado por la Cámara de Diputados provincial (por nota número l87SG/18 bajo el expediente n° 14368 2) por el cual se declaran de utilidad pública y sujetas a expropiación determinadas zonas del Valle Argentino, cuya ubicación y emplazamiento definitivo, surgirán de los informes técnicos y mensuras que se elaboren en la medida del avance de la obra y del Proyecto Ejecutivo Definitivo para la ejecución de la obra "Provisión transitoria de agua desde el Valle Argentino al Acueducto del Río Colorado"

4°) Que, de acuerdo a lo manifestado por los actores, a fs. 262, según consta en el expediente n° 4985/2018 de la Subsecretaría Ambiental de la provincia, la obra está proyectada llevarla a cabo sin cumplir con los términos de las leyes 25.675 y 25.688, puesto que está planificada sin el correspondiente estudio de impacto ambiental, sin la evaluación de impacto ambiental y sin cumplir con el proceso de participación ciudadana requeridos por la legislación ambiental.

Señalan que en la descripción del plan de acción se realizarán 40 perforaciones en el Acuífero del Valle Argentino, las cuales tendrán 150 metros de profundidad, y desde allí se obtendrá el agua potable para inyectar al Acueducto del Río Colorado en las situaciones mencionadas, a fin de solucionar una crisis de agua de larga data, pero afectando la integridad física, química y biológica del Acuífero Valle Argentino, cuya oferta de agua cada vez es menor, ya que su sistema de recarga depende de las escasas lluvias pampeanas, sobreexplotando el sistema con el riesgo de salinizarse y de comenzar a presenciar

arsénico en el agua (según informe técnico agregado como prueba documental a fs. 197 a 217), lo cual lesiona, restringe, altera y amenaza los derechos de incidencia colectiva de los habitantes de la zona a un ambiente equilibrado y de acceso al agua potable (art. 41 de la Constitución Nacional y las leyes 25.675 y 25.688).

Solicitan la citación como tercero al pleito de la Provincia de Buenos Aires, en los términos del art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, puesto que también será afectada, en tanto el Acuífero Valle Argentino es un recurso ambiental interjurisdiccional compartido entre las provincias de La Pampa y Buenos Aires (conf. arto 7° de la LGA).

Además, requieren que se ordene una medida cautelar para que cese y se suspenda la totalidad de acciones direccionadas a iniciar la obra, hasta tanto no se dé cumplimiento a la realización del estudio de impacto ambiental, a su correspondiente evaluación, del mecanismo de participación ciudadana señalados y a las directrices para la recarga y protección de acuíferos que debe fijar el Estado Nacional.

5°) Que, el 8 de noviembre de 2018, fue aprobado en la Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa el "proyecto de ley" (expediente 14368 2) que autoriza la expropiación de los terrenos necesarios para dar inmediato inicio a las perforaciones y extracción de agua del Acuífero del Valle Argentino de carácter interjurisdiccional.

6°) Que, posteriormente, los actores realizan una nueva presentación ampliando la demanda en razón de la aprobación del presupuesto 2019 en el que figura, bajo el número 8767, la partida presupuestaria correspondiente a la realización de las obras para el proyecto que se cuestiona y la notificación fehaciente a todos los propietarios de los inmuebles afectados por la ley 3122, acerca de la necesidad de ingreso a sus fincas con el objeto de comenzar de forma inmediata las perforaciones en razón del estado de necesidad y urgencia que amerita la ejecución de la obra. (fs. 427 vta.). Asimismo, reiteran el pedido de dictado de medida cautelar hasta que este Tribunal se pronuncie sobre su competencia.

7°) Que a fs. 288/291, la Procuradora Fiscal opinó que la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte dado el manifiesto carácter federal de la materia, en tanto se encuentra en juego

la protección y preservación de un recurso natural de carácter interjurisdiccional y al ser partes la Provincia de La Pampa y la Provincia de Buenos Aires, junto con el Estado Nacional, que concurre como parte necesaria a integrar la Litis en virtud de la naturaleza federal del caso en examen.

8°) Que, en mérito de las constancias obrantes en el caso y a tenor de las denuncias efectuadas, el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que "el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general" (artículo 32, ley 25.675), ordenará las medidas que se disponen en la parte dispositiva de este pronunciamiento.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: (I) Declarar la competencia del Tribunal para conocer en esta causa por vía de su instancia originaria, prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional; (II) requerir a la Provincia de La Pampa, la presentación del programa ejecutivo de la obra denominada "Provisión transitoria de agua desde el Valle Argentino al Acueducto del Río Colorado"; (III) que acompañen todas las actuaciones relativas a los distintos aspectos ambientales del proyecto de acuerdo con la regulación de presupuestos mínimos aplicable y vigente, en especial: (a) evaluación de impacto ambiental, (b) sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, (c) sistema de diagnóstico e información ambiental, (d) mecanismos de participación ciudadana.

En todos los casos, para su cumplimiento, se fija un plazo de 30 (treinta) días. Para su comunicación, líbrense los oficios pertinentes con habilitación de días y horas inhábiles.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco.

Parte actora: **María Laura De Aguirre y otro**, por derecho propio, con el patrocinio letrado de los **Dres. Fernando Diego Barrionuevo y Margarita María Charriere.**

Parte Demandada: **Provincia de La Pampa y Estado Nacional**.

DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN C/ ESTADO NACIONAL Y OTRO S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

El hecho de que las omisiones atribuidas al Estado provincial tengan influencia en las garantías que la Constitución Nacional le ha reconocido a las comunidades indígenas, no transforma a la cuestión planteada en una que pueda ser calificada como predominante o exclusivamente federal y que, como tal, justifique, por la sola presencia de las garantías que se dicen afectadas, la jurisdicción de la competencia originaria de la Corte.

COMPETENCIA LOCAL

No solo es facultad local, sino que en orden a la previsión contenida en el artículo 5° de la Ley Fundamental, también es deber de las jurisdicciones provinciales, el proveer normativas tendientes a garantizar los derechos reconocidos en la cláusula constitucional referida, desde que cada provincia debe dictar para sí una constitución de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional y naturalmente las leyes locales necesarias para facilitar la operatividad de la garantía de los pueblos indígenas.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

No se advierte que el artículo 37 de la Constitución de la Provincia del Chaco contradiga o altere la finalidad, sentido o espíritu del artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, de manera tal que se justifique la competencia originaria, en la inteligencia de que la previsión local, por no contemplar los presupuestos de la Constitución Nacional o de las leyes dictadas en su consecuencia, exija la intervención directa de la Corte como órgano custodio de garantías constitucionales.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Es ajena a la competencia originaria de la Corte la acción intentada por el Defensor del Pueblo de la Nación contra el Estado Nacional y

la Provincia de Chaco a fin de que se adopten las medidas necesarias para modificar la condición de vida de los habitantes de comunidades indígenas en virtud de la situación de emergencia extrema, y de necesidades básicas y elementales insatisfechas, pues el hecho de que el actor les atribuya responsabilidad a la Nación y a la Provincia del Chaco no exige que ambas cuestiones deban ser necesariamente acumuladas en un proceso, ya que no se advierte razón para afirmar que no se puedan pronunciar dos sentencias útiles en cada uno de los que se instruya.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Al ventilarse un asunto que, como la tutela del derecho a la vida y a la salud, no es exclusivamente federal sino concurrente con el derecho público local, la acumulación subjetiva de pretensiones que intenta efectuar el actor contra la Provincia del Chaco y el Estado Nacional es inadmisible, toda vez que ninguna de las partes que conforman el litisconsorcio pasivo resulta aforada en forma autónoma a la instancia extraordinaria, ni existen motivos suficientes para concluir que dicho litisconsorcio pasivo sea necesario, según el art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Disidencia parcial del juez Rosenkrantz que remite a la disidencia de juezas Highton de Nolasco y Argibay en el precedente "Defensor del Pueblo de la Nación" (Fallos: 330: 4134)).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Con especial referencia a los pueblos indígenas, el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional reconoce expresamente a las provincias la potestad de ejercer en forma concurrente con la Nación las atribuciones allí enumeradas; en tales condiciones, la Provincia del Chaco deberá ser emplazada ante sus propios jueces (arts. 5º, 121 y siguientes de la Constitución Nacional), pudiendo ser demandado el Estado Nacional ante la justicia federal, donde encontrará satisfecho su privilegio (art. 116 de la Ley Fundamental) (Disidencia parcial del juez Rosenkrantz que remite a la disidencia de las juezas Highton de Nolasco y Argibay en el precedente "Defensor del Pueblo de la Nación" (Fallos: 330: 4134)).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El Defensor del Pueblo de la Nación deduce acción de amparo contra la Provincia del Chaco y el Estado Nacional, a fin de que se los condene a que adopten las medidas necesarias para modificar las actuales condiciones de vida de las poblaciones indígenas ubicadas en el sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín, de ese Estado local, las que -según dice-, debido a las reiteradas y sistemáticas omisiones en que han incurrido los demandados en prestar. la debida asistencia humanitaria y social, se encuentran en una situación de exterminio silencioso, progresivo, sistemático e inexorable.

Asimismo, solicita que se los condene a que garanticen a dichas comunidades una real y efectiva calidad de vida que les permita el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud, a la asistencia médico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social, ente otros, y que tales derechos sean satisfechos de manera continua y permanente.

Sustenta su reclamo en los resultados obtenidos por la institución que representa en un informe realizado en agosto de 2007, así como también en los logados por el Instituto del Aborigen Chaqueño, por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y por los distintos medios periodísticos que cita, los cuales demuestran la grave crisis sanitaria, alimentaria y socioeconómica en que se encuentran tales poblaciones.

Funda su pretensión en los arts. 14 bis, 19, 33 y 75, incs. 17 y 19, de la Constitución Nacional y 14, 15, 35, 36, 37 y en el preámbulo de la Constitución de la Provincia del Chaco; en los arts. 4° y 25 del Pacto de San José de Costa Rica; 11, 12 y 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1°, 3°, 8° y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; en la ley nacional 23.302 de Protección de las Comunidades Aborígenes, y su decreto reglamentario 155/89; en la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 27 de septiembre de 2004 y en el Convenio 169 de la Organización Nacional del Tra-

bajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por la ley nacional 24.071.

A su vez, solicita que, en forma previa y con carácter urgente, se ordene a la Provincia del Chaco y al Estado Nacional que realicen las acciones destinadas a cubrir las necesidades básicas de estos pobladores. A tal fin, requiere que se envíe: a) personal idóneo suficiente para la asistencia médica de esas personas; b) medicamentos; c) alimentos y agua potable en las cantidades necesarias; d) equipos para la fumigación de plagas; e) ropa, frazadas, colchones, etc., en cantidades suficientes; y que de manera periódica y documentada los demandados acrediten las acciones que efectivamente concreten.

Todo ello, sin perjuicio de aquellas otras medidas urgentes que V.E. considere pertinentes para garantizar las condiciones mínimas de ejercicio de los derechos fundamentales que se alegan violados.

A fs. 42, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

-II-

A mi modo de ver, la cuestión que se debate en el *sub lite* resulta sustancialmente análoga a la que fue objeto de tratamiento por este Ministerio Público al expedirse, el 28 de junio de 2006, *in re* R. 764, XLII, Originario, *"Rebull, Gustavo Prion c/ Misiones, Provincia de y otro s/ amparo"*, que fue compartido por el Tribunal en su sentencia del 18 de julio de 2006.

En virtud de lo expuesto en dicho dictamen y su cita -causa M. 1569, XL, Originario, *"Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios"*, sentencia del 20 de junio de 2006-, cuyos fundamentos doy aquí por reproducido *brevitatis causae*, a mi juicio, la acumulación subjetiva de pretensiones que intenta efectuar el actor contra la Provincia del Chaco y el Estado Nacional es inadmisible a la luz de las razones expuestas en dichos precedentes, toda vez que ninguna de las partes que conforman el litisconsorcio pasivo resulta aforada en forma autónoma a esta instancia, ni existen motivos suficientes, a mi modo de ver, para concluir que dicho litisconsorcio pasivo sea necesario, según el art. 89 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Ello es así, pues en el pleito se ventila un asunto que, como la tutela del derecho a la vida y a la salud, no es exclusivamente federal sino concurrente con el derecho público local (confr. causas P. 943. XLI, Originario, "Peralta, María Florencia c/ Buenos Aires, Provincia de s/ amparo", L.253. XLII, Originario, "Luzuriaga, Lisandro Marcelo

c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ amparo" y D. 251. XLIII, Originario, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Buenos Aires, Provincia de y otro - Estado Nacional s/ amparo, sentencias del 7 de julio de 2005, 20 de junio de 2006 y 8 de mayo de 2007, respectivamente), lo cual se desprende de los propios argumentos expuestos por el actor en su escrito de inicio, en cuanto funda su pretensión tanto en la Constitución Nacional, en normas federales y en instrumentos internacionales, como en preceptos de la Constitución provincial.

A mayor abundamiento, y con especial referencia a los pueblos indígenas, el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional reconoce expresamente a las provincias la potestad de ejercer en forma concurrente con la Nación las atribuciones allí enumeradas.

En tales condiciones, la Provincia del Chaco deberá ser emplazada ante sus propios jueces (arts. 50, 121 y siguientes de la Constitución Nacional), pudiendo ser demandado el Estado Nacional ante la justicia federal, donde encontrará satisfecho su privilegio (art. 116 de la Ley Fundamental).

En razón de lo expuesto y dada la índole taxativa de la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional y su imposibilidad de ser extendida, por persona o poder alguno, según el criterio adoptado por el Tribunal en el precedente *"Sojo"*, publicado en Fallos: 32:120, y reiterado en Fallos: 270:78; 285:209; 302:63; 322:1514; 323:1854; 326:3642, entre muchos otros, opino que este proceso resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte.

No obstante lo expuesto, si V.E. considera que existe peligro en la demora puede disponer la medida cautelar solicitada, según lo previsto en el art. 196 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires, 11 de septiembre de 2007. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de abril de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que la presente causa fue promovida por el señor Defensor del Pueblo de la Nación con el objeto de que se condene al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco a adoptar las medidas necesarias

para modificar la condición de vida de los habitantes de las regiones sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, en su gran mayoría pertenecientes a la etnia Toba, en virtud de la situación de emergencia extrema, y de necesidades básicas y elementales insatisfechas descripta en la demanda, que adjudicó a la inacción del Estado nacional y provincial, y al incumplimiento, por parte de ambos, de las obligaciones que emanan de las leyes vigentes, de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales, y de la Constitución de la Provincia del Chaco.

En función de ese cuadro de situación solicitó que se condene a los demandados a que garanticen a dichas comunidades una real y efectiva calidad de vida digna, que les permita el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud, a la asistencia médico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social, entre otros, y que tales derechos sean satisfechos de manera continua y permanente, con la mutua intervención por parte del Estado Nacional y la Provincia del Chaco.

En esa oportunidad se señaló que, de acuerdo al relevamiento llevado a cabo por la Defensoría en agosto de 2007, como así también de los informes elaborados por el Instituto del Aborigen Chaqueño, y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, los aborígenes habitantes de esa porción del territorio provincial se hallaban afectados por una grave situación socioeconómica, a consecuencia de la cual la mayoría padecía de enfermedades endémicas (desnutrición, chagas, tuberculosis, donovaniosis, broncopatías, parasitosis, sarnas, etc.), y carecía de alimentación, de acceso al agua potable, de vivienda, y de atención médica. Atribuyó a los demandados la omisión de llevar a cabo las acciones necesarias, tendientes a revertir esa grave situación.

Destacó que, a causa de esa crisis sanitaria y alimentaria, en el mes anterior al inicio de la causa se registraron 11 muertes en esa región, circunstancia que, según señaló, también habría sido corroborada por el Instituto del Aborigen Chaqueño y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

Solicitó, como medida cautelar, que de manera inmediata se dispusieran las acciones destinadas a cubrir las necesidades básicas inherentes a los pobladores de las zonas afectadas, y que se les ordenara

a los demandados que informen, de manera periódica, acerca de las acciones que efectivamente se llevaban a cabo.

2°) Que a fs. 383/390 se presentó el Instituto del Aborigen Chaqueño (I.D.A.CH.), en su carácter de entidad representante de los pueblos indígenas Qom, Mocoví y Wichi conforme la ley provincial del aborigen 3258/87, a fin de "adscribir" a la demanda presentada por el señor Defensor del Pueblo, y de solicitar su intervención en el proceso en los términos del artículo 90 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en virtud de que sus representados son los "afectados directos" de la situación atinente a los pueblos indígenas en la Provincia del Chaco.

Luego de fundar la legitimación activa del Instituto, destacó la falta de garantía mínima de la calidad de vida de dichas poblaciones, y la consiguiente afectación del derecho a la vida, a la salud, a la asistencia médico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda digna, al bienestar general, al trabajo, y a la inclusión social del colectivo pueblo indígena representado por dicha institución.

Además de coincidir con el cuadro descripto en los informes de la Defensoría, afirmó que la situación de las comunidades aborígenes no era desconocida por los gobiernos provincial y nacional, y que no existían políticas activas tendientes a revertirla. En ese sentido manifestó desconocer el presupuesto asignado al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, y en qué se lo utilizó. En cuanto a la Provincia del Chaco, señaló que el reclamo histórico ha sido que se aumentara el presupuesto dirigido a los pueblos indígenas. Sobre ese particular efectuó un cuadro comparativo de las erogaciones del I.D.A.CH. y del Estado provincial tendiente a demostrar que tanto el gasto público como los recursos provinciales fueron crecientes durante los años anteriores a la presentación, en tanto que el presupuesto del organismo creció en un porcentaje sustancialmente menor. Otro aspecto que destacó como un óbice para revertir la situación de crisis fue que el 80% de ese presupuesto se destinó a gastos de funcionamiento, por decisión del gobierno provincial y no a las comunidades indígenas.

Señaló que frente a esa situación, que describió como de "extrema pobreza", el 6 de enero de 2006 el Instituto declaró la emergencia socioeconómica de las comunidades indígenas de la Provincia del Chaco, y la emergencia administrativa del organismo; y posteriormente, de

acuerdo a los fundamentos expuestos en la resolución agregada a fs. 358/361, el 14 de marzo de 2007 -meses antes del inicio de esta demanda-, declaró la emergencia sanitaria y alimentaria de los pueblos indígenas chaqueños, y al departamento Güemes como zona de alto riesgo para la salud y alimentación de las comunidades aborígenes.

Sostuvo que, por lo general, la cuestión indígena no va más allá de los escenarios declamativos y de la solidaridad privada y del Estado, y que ante hechos catastróficos o desastres humanitarios se acude por un tiempo y luego se olvida. Afirmó que es necesario llegar a la situación de que ocurran hechos graves y de tal entidad para que el Estado, sea este nacional o provincial, dé algún tipo de respuestas, pero que esas respuestas nunca van a fondo, ni se armonizan entre sí y hacia un fin, sino que siempre son de emergencia, lo que ha determinado que la situación de los pueblos originarios siga igual durante siglos.

En consecuencia, adujo que a pesar de la reforma constitucional del año 1994, el estado de abandono de las comunidades indígenas ha sido de público y notorio conocimiento y que, por consiguiente, al Estado nacional y al provincial le corresponden una serie de obligaciones de hacer para con los pueblos indígenas, a fin de reparar esa situación, no solo a través de acciones urgentes, sino de soluciones estructurales, que vayan al fondo de la cuestión; y que terminen de una vez por todas con una exclusión injusta. Para ello, afirmó, es necesario instrumentar soluciones de corto, mediano y largo plazo, "que deberán tener como punto inicial la mirada, el aporte de los propios afectados, los pueblos indígenas, a los fines de la elaboración de un Plan Estructural de Reparación Histórica".

Concluyó en que los demandados son la garantía pública de que el etnocidio físico y cultural de los pueblos indígenas se detenga, y se revierta, y que estos pueblos gocen de los mismos derechos y bienes de los que disponen la mayoría de los ciudadanos de este país. De lo contrario –sostuvo- la letra constitucional y la adhesión a los convenios internacionales de derechos humanos, se transformará en meramente declamativa y una forma solapada de discriminación.

3º) Que la gravedad y urgencia de los hechos denunciados, y la afectación del derecho a la vida y la integridad física de los pobladores de esa porción del territorio provincial determinaron que esta Corte adopte las medidas conducentes a la salvaguarda de esos derechos

fundamentales y a la superación del estado de cosas que dio lugar a la promoción del proceso, y difiera la decisión atinente a su competencia en el caso para actuar por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

En ese marco de actuación, de características excepcionales, en el pronunciamiento de fs. 52/55 el Tribunal requirió a los Estados demandados que informen con relación a las regiones sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia: 1) Comunidades que pueblan esos territorios y cantidad de habitantes que las integran. 2) Presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y destino de los recursos fijados en las leyes respectivas. 3) Ejecución de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria. 4) Ejecución de programas de provisión de agua potable, fumigación y desinfección. 5) Ejecución de planes de educación. 6) Ejecución de programas habitacionales.

Asimismo, convocó a las partes a una audiencia pública para que se expidieran en forma oral y pública sobre el contenido de dichos informes.

Finalmente, se ordenó, con carácter de medida cautelar, que el Estado Nacional y la Provincia del Chaco suministren agua potable y alimentos a las comunidades de la región afectada, como así también provean de un medio de transporte y comunicación adecuados a cada uno de los puestos sanitarios.

4°) Que a fs. 129/130 bis y 245/278 presentaron los informes el Estado Nacional y la Provincia del Chaco, respectivamente.

5°) Que a fs. 416/430 obra la transcripción del acta taquigráfica de la audiencia pública, de la que surge la exposición de los representantes del Instituto del Aborigen Chaqueño, de la Provincia del Chaco y del Estado Nacional.

En esa oportunidad, el señor Orlando Charole, en su condición de presidente del Instituto del Aborigen Chaqueño, hizo hincapié en la carencia de recursos del organismo para atender a la problemática de las comunidades representadas, y para cumplir con los propósitos de la ley del aborigen 3258. En ese sentido, explicó que alrededor del 80%

del presupuesto del Instituto se destinaba a sostener al personal de planta, mientras que un poco más del 10% a la atención de las comunidades indígenas, situación que –según señaló- dio lugar al inicio de una acción en jurisdicción provincial.

Asimismo, insistió en la necesidad de que entre el Gobierno nacional, el Gobierno provincial y los pueblos indígenas –en el caso el I.D.A.CH.- se estableciera un plan de acción en dos partes. Una primera, constituida por un proyecto de emergencia, que resolviera la situación de hambre, de necesidad alimentaria y de atención de la emergencia que en ese momento estaban padeciendo las comunidades. Mientras tanto, el Gobierno nacional y la provincia debían coordinar acciones para diseñar un proceso de acción a largo plazo tendiente a revertir definitivamente el cuadro de injusticia, en un tiempo determinado.

A continuación, tanto la Provincia del Chaco como el Estado Nacional expusieron sus informes a través de funcionarios de las áreas respectivas, y describieron las medidas llevadas a cabo para cumplir con la medida cautelar dispuesta por el Tribunal.

6°) Que luego de dicha audiencia, el Estado chaqueño denunció el dictado del decreto local 115/2007 en el que se declaró el estado de emergencia sanitaria, alimentaria, educacional y de vivienda de los pueblos indígenas de esa provincia, y la convocatoria y constitución de un comité de crisis, lo cual implicó asumir –según los fundamentos de la norma- que la situación aborigen era desesperante, como así también la necesidad de disponer medidas inmediatas para paliar la situación de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazaba la supervivencia de los miembros de las comunidades comprometidas (fs. 468/469).

7°) Que, asimismo, en virtud de los informes que fueron presentando los Estados demandados, vinculados con la ejecución de la medida cautelar, y de las observaciones efectuadas por la Defensoría del Pueblo y el Instituto del Aborigen Chaqueño (fs. 410/412 y fs. 457), el Tribunal convocó a las partes a las audiencias de cuyo desarrollo dan cuenta las actas de fs. 467, 477 y 668. En esa etapa del procedimiento cautelar las partes comenzaron por poner de manifiesto la necesidad de encontrar caminos que permitieran coordinar voluntades en la búsqueda de soluciones efectivas, conjuntas, y no dispersas, y en función

de ello asumieron el compromiso de estudiar alternativas al respecto, como así también las relativas a la adecuada asignación de los recursos (fs. 467).

Así fue que en el siguiente comparendo, los representantes del Estado Nacional y de la Provincia del Chaco acompañaron el documento titulado "Operativo Social en el Impenetrable" en el que plasmaron las estrategias y los cursos de acción para ese año (2008), oportunidad en la cual el Instituto del Aborigen Chaqueño solicitó una mayor participación en la elaboración de los planes a ejecutar (fs. 477).

Posteriormente, en la audiencia que se llevó a cabo el 30 de abril de 2008 se presentaron el informe producido por la Defensoría del Pueblo de la Nación, el documento titulado "Informe 4°, 5° y 6° Operativo Impenetrable", el "Plan de Acción Desarrollo en el Impenetrable Chaqueño 2007/2008 (resumen)", el "Operativo Social Impenetrable Chaqueño" del Gobierno de la Provincia del Chaco, y el informe identificado como "Ítem n° 2 y 3-Red de Comunicaciones, Ministerio de Salud Pública, Provincia del Chaco" (Provincia del Chaco y Estado Nacional, en conjunto), y el titulado "Observaciones formuladas por el Instituto del Aborigen Chaqueño al documento 'Operativo Social en el Impenetrable'". Asimismo, en ese acto las partes intervinientes coincidieron en que se estaban realizando trabajos en materia de salud, desarrollo social, infraestructura, movilidad, alimentos y agua potable, con el propósito de superación de la situación existente al inicio del proceso. También pusieron de resalto las dificultades observadas, como consecuencia de "largos períodos de ausencia de acciones tendientes a instrumentar planes coordinados que permitan superar la situación asistencial inmediata y la estructural de más largo alcance". Además, estuvieron de acuerdo en la necesidad de contar con mayores plazos para efectivizar la concreción de hechos y actos que lleven al pretendido mejoramiento concreto de la situación. En ese marco, requirieron expresamente al Tribunal "que se permanezca en la etapa de suma de voluntades que se ha implementado en estas actuaciones", y la fijación de una nueva audiencia a fin de ir concretando los planes que se fueron presentando, sortear las dificultades y coordinar las actividades, con el propósito de alcanzar una concreción bastante de las metas que se fueran proponiendo.

8°) Que en mérito a dicha solicitud, la Corte resolvió –mediante el pronunciamiento de fs. 759- convocar a una nueva audiencia, en cuyo desarrollo las partes se comprometieron a elaborar un programa mar-

co para la realización de las acciones conjuntas necesarias para superar de manera efectiva la situación de crisis objeto del proceso.

9°) Que, como resultado de ese compromiso, a fs. 1044/1102 el Gobierno de la Provincia del Chaco, en consenso con el Estado Nacional y el Instituto del Aborigen Chaqueño, presentó un programa orientado a asegurar la inclusión social de las comunidades habitantes de las áreas comprometidas. Allí se establecieron los objetivos del programa, la estructura del plan, y las metas concretas, intermedias y finales.

No obstante las observaciones que efectuó el Defensor del Pueblo de la Nación al plan de acción propuesto (fs. 1124/1128), reconoció a dicho proyecto como un avance en la situación de las comunidades afectadas, y solicitó su aceptación e inmediata implementación.

A fs. 1130/1154 obra la propuesta presentada en forma separada por el Instituto del Aborigen Chaqueño, en cumplimiento del compromiso asumido en la audiencia reseñada en el considerando 8°) precedente.

10) Que a fs. 1392 se presentó el gobernador de la Provincia del Chaco y dio cuenta de la efectiva ejecución del programa presentado, y su propósito de asegurar la inclusión social de las comunidades indígenas habitantes del área de "El Impenetrable".

Aseguró que desde el año 2008 se han desarrollado un conjunto de actividades tendientes a mejorar la calidad de vida de la población, y que los resultados obtenidos le permiten asegurar que las causas que dieron lugar a la medida cautelar han sido debidamente tratadas y la situación superada, en particular en los aspectos atinentes a asistencia alimentaria, prevención y promoción de la salud, provisión de agua potable, construcción de viviendas y soluciones habitacionales.

En virtud de dichas consideraciones solicitó el levantamiento de la medida cautelar, y asumió el compromiso de continuar trabajando a efectos de consolidar los resultados alcanzados, y de avanzar en aspectos atinentes a la sustentabilidad económica y la inclusión de la población aborigen.

Al mismo tiempo consideró conveniente que la Defensoría del Pueblo de la Nación continuara con el monitoreo de las acciones desarrolladas.

11) Que, por su parte, el Instituto del Aborigen Chaqueño presentó el informe relativo a las acciones llevadas a cabo por el Estado Nacional y la Provincia del Chaco en cumplimiento de la medida cautelar dictada por este Tribunal, y del programa implementado por ambos Estados (fs. 1394/1398).

En dicho informe se señaló que desde el año 2008 se desarrollaron un conjunto de acciones con el objeto de mejorar las condiciones de vida de los pueblos originarios y de garantizar sus derechos vulnerados, no obstante lo cual destacó que continuaba siendo preocupante la realidad social, económica, sanitaria y educativa de las comunidades indígenas habitantes del territorio denominado "El Impenetrable" chaqueño, porque mantenían todavía una situación de pobreza estructural, y de insuficiencia de políticas públicas.

Se indicó, además, la necesidad de desarrollar acciones concretas de atención primaria de la salud, de implementar programas de capacitación para sensibilizar y dotar de visión intercultural a todo el personal del sistema sanitario, de consolidar los roles de los agentes sanitarios, referentes comunitarios, y de maestros ancianos con facultades interculturales.

Sin perjuicio de ello, afirmó que la entidad no podía dejar de reconocer la importante mejora producida desde que este Tribunal ordenó al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco la asistencia a las comunidades indígenas de las regiones sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento del Libertador General San Martín.

Al informe agregó un anexo con el detalle de los logros alcanzados en el área de salud, alimentación, planes de vivienda, tierra, medio ambiente y educación bilingüe intercultural.

En función de tales antecedentes, solicitó el levantamiento de la medida cautelar dispuesta por esta Corte, y asumió el compromiso de seguir el monitoreo del programa, trabajando junto al Gobierno provincial y nacional de manera coordinada, a los efectos de lograr la plena inclusión social de los pueblos originarios de todo el territorio provincial.

12) Que a fs. 1377, 1379, 1381, 1383, 1385, 1387, 1389, 1400, 1402, 1449, 1471, 1490, 1516, 1539, 1563, 1775, 1808, 1903, 1942/1949, 1978, 2111/2112, 2135, 2460/2461, 2687, 2703 y 2707 obran las constancias de la presentación de los informes periódicos, relativos a las acciones realizadas por la Provincia del Chaco y el Estado Nacional en el marco del "Programa de Desarrollo de las Comunidades Aborígenes en el Área de la Medida Cautelar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", elaborado por el Estado provincial en consenso con el Gobierno Nacional y el Instituto del Aborigen Chaqueño, tal como se destacó en el considerando 9° precedente.

En dichos informes se contemplan los objetivos y las actividades inicialmente programados, y la información –aportada por los organismos públicos intervinientes- acerca de los resultados alcanzados.

13) Que los antecedentes reseñados precedentemente permiten considerar que se ha producido un cambio en la situación descripta en la demanda y que se ha alcanzado el propósito perseguido con la intervención asumida por esta Corte en el pleito en su condición de garante de la Constitución Nacional, dado que en el marco acotado del proceso cautelar las partes, aún con diferencias, pero actuando de manera conjunta, fueron elaborando propuestas y programas de acción tendientes a allanar el camino para revertir la crítica situación que afecta históricamente a las comunidades aborígenes.

En este punto es preciso poner de resalto que más allá de las auditorías que se puedan realizar al respecto, el Estado Nacional informó: que entre los años 2007 y 2017 ha asignado a la medida dictada la suma de pesos dos mil noventa millones setecientos cincuenta y siete mil cuatrocientos noventa y seis con sesenta y tres centavos ($ 2.090.757.496,63); que el Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación, a través del Plan Nacional de Seguridad Alimentaria, realiza la entrega de módulos de alimentos y botellas de agua mineral a la población comprendida en la medida dictada por esta Corte desde mayo de 2008; que en dicha cobertura alcanza a 4.632 familias ubicadas en 47 parajes, que totalizan aproximadamente 17.194 personas, y que desde el establecimiento de la medida cautelar hasta diciembre de 2018 se realizaron 103 operativos de distribución de módulos alimentarios y de agua en "El Impenetrable", con una frecuencia aproximada de 40 días (fs. 2677/2687).

A su vez, del informe de seguimiento de febrero de 2019 del "Programa de Desarrollo de las Comunidades Aborígenes en el Área de la Medida Cautelar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" acompañado por la Provincia del Chaco a fs. 2703, surgen los logros alcanzados en programas de salud, alimentación, asistencia sanitaria, provisión de agua potable, fumigación y desinfección de las regiones alcanzadas por la citada medida cautelar.

14) Que esta Corte justificó suficientemente su intervención en la causa, ya que el conjunto de situaciones que derivaban de la carencia de planes y normas sociales, y de su degradación, imponían el cumplimiento de la ineludible responsabilidad constitucional de llamar la atención de las máximas autoridades nacionales y provinciales a fin de que iniciaran procesos de asistencia alimentaria, sanitaria, social y educativa, que permitiesen modificar el estado intolerable en que se encontraban las comunidades aborígenes.

Sin perjuicio de ello, al haberse logrado alterar el estado de cosas que exigió la inmediata intervención de esta Corte con el propósito de superar la anomia existente al momento en que se asumió el trámite de esta causa, corresponde que el Tribunal se expida acerca de su competencia para seguir entendiendo en el asunto por vía de su instancia originaria.

15) Que en lo que a ello concierne es preciso poner de resalto que la consagración constitucional de facultades concurrentes en la materia entre la Nación y las provincias (artículo 75, inciso 17), no solo tiene raigambre histórica, pues desde la organización nacional fueron los Estados locales los que se ocuparon en primer término de las cuestiones indígenas, e incluso el proceso legislativo de reconocimiento de tales derechos tuvo su origen en las provincias que sancionaron una serie de leyes específicas, sino que además responde a los lineamientos básicos de un régimen federal equilibrado, que no puede prescindir de las múltiples y variadas realidades locales, con mayor razón en materia aborigen, por el íntimo encuentro entre los distintos pueblos y cada una de las tierras que habitan (arg. decreto PEN 700/2010).

El hecho de que las omisiones atribuidas al Estado provincial tengan influencia en las garantías que la Constitución Nacional le ha reconocido a las comunidades indígenas, no transforma a la cuestión planteada en una que pueda ser calificada como predominante o ex-

clusivamente federal y que, como tal, justifique, por la sola presencia de las garantías que se dicen afectadas, la jurisdicción constitucional que se pretende mediante el planteo efectuado en autos.

En efecto, no solo es facultad local, sino que en orden a la previsión contenida en el artículo 5° de la Ley Fundamental, también es deber de las jurisdicciones provinciales, el proveer normativas tendientes a garantizar los derechos reconocidos en la cláusula constitucional referida, desde que cada provincia debe dictar para si una constitución "de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional" y naturalmente las leyes locales necesarias para facilitar la operatividad de la garantía de los pueblos indígenas (cfr. causa CSJ 1133/2009 (45-C)/CS1 "Comunidad de San José - Chustaj Lhokwe y Comunidad de Cuchuy c/ Salta, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo", sentencia del 15 de octubre de 2013).

16) Que el artículo 37 de la Constitución de la Provincia del Chaco es sustancialmente análogo al artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional y dispone: *"La Provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural; la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones; y promueve su protagonismo a través de sus propias instituciones; la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan y las otorgadas en reserva. Dispondrá la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica, en forma gratuita, exentas de todo gravamen. Serán inembargables, imprescriptibles, indivisibles e intransferibles a terceros. El Estado les asegurará: a) La educación bilingüe e intercultural. b) La participación en la protección, preservación, recuperación de los recursos naturales y de los demás intereses que los afecten, y en el desarrollo sustentable. c) Su elevación socio-económica con planes adecuados. d) La creación de un registro especial de comunidades y organizaciones indígenas".*

En tales condiciones, no se advierte que la disposición provincial transcripta contradiga o altere la finalidad, sentido o espíritu de la norma nacional citada, de manera tal que se justifique esta competencia, en la inteligencia de que la previsión local, por no contemplar los presupuestos de la Constitución Nacional o de las leyes dictadas en su consecuencia, exija la intervención directa de esta Corte como órgano custodio de garantías constitucionales (cfr. Fallos: 333:1784).

17) Que, por lo demás, la cuestión que hace a la base del conflicto ha sido sometida a juzgamiento por los legitimados principales (Instituto del Aborigen Chaqueño y los pueblos indígenas Qom, Wichi y Mocoví) ante la jurisdicción local, en el marco de la causa "Instituto del Aborigen Chaqueño (I.D.A.CH.) y pueblos indígenas Qom, Wichi y Mocoví c/ Gobierno de la Provincia del Chaco y/o quien resulte responsable s/ acción de amparo" (expediente n° 454, año 2007), en la que se dictó un pronunciamiento que coincide de manera sustancial con el objeto de la pretensión de este proceso.

Tal circunstancia no solo corrobora la competencia de la judicatura local para entender en el proceso seguido contra el Estado provincial, sino que además determina una relación de correspondencia entre las pretensiones deducidas en su contra en esta causa y las que fueron sometidas a decisión de la Justicia chaqueña.

18) Que, a la luz de lo expuesto en el considerando precedente, tampoco procede la competencia originaria de este Tribunal *ratione personae,* pues la acumulación subjetiva de pretensiones que intenta efectuar el actor contra la Provincia del Chaco y el Estado Nacional resulta, en las actuales circunstancias, inadmisible.

Por el contrario, atento las constancias a que se ha hecho referencia precedentemente, el hecho de que el actor les atribuya responsabilidad a la Nación y a la Provincia del Chaco no exige que ambas cuestiones deban ser necesariamente acumuladas en un proceso, ya que no se advierte razón para afirmar que no se puedan pronunciar dos sentencias útiles en cada uno de los que se instruya.

19) Que, por consiguiente, aun cuando no es necesario explayarse en mayores consideraciones para permitirse afirmar que la situación de miseria estructural de dichas comunidades no se ha superado completamente, lo cierto es que el camino tendiente a alcanzar ese propósito fue allanado, y con ello se ha cumplido el objetivo para el que fue abierta la instancia.

De aquí en adelante serán las autoridades judiciales y administrativas –tanto nacionales, como locales- las que deberán continuar llevando adelante eficazmente todas las medidas que sean necesarias para modificar definitivamente un estado de indigencia y abandono –material y cultural- que no debe existir.

Es que, más allá de los logros obtenidos en este proceso, reconocidos incluso por el Instituto del Aborigen Chaqueño, resulta indiscutible que la dignidad de los seres humanos que padecen la situación que dio origen a las acciones referidas, exige de todos los agentes responsables la realización de las medidas coordinadas que hagan que la intervención judicial no se transforme en una mera declaración y declamación de derechos, sino en la concreta y efectiva realización de los presupuestos ineludibles para la consagración de dicha dignidad. No podrá el hombre, amparado por estos procesos judiciales, lograrla "efectivamente" si no es alimentado en la emergencia, tratado en la enfermedad, y educado para recibir los medios que le permitan conocer cuáles son los caminos y cuáles las herramientas que puede usar para salir de un estado de cosas que, solo existe, porque no se realizan políticas "concretas", en cortos y largos plazos, que tengan como objetivo que la realidad de hoy, en un futuro cercano, no exista más.

20) Que, por consiguiente, el Tribunal se desprenderá del conocimiento de estas actuaciones, sin que su estado procesal obste a un pronunciamiento como el 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).

21) Que sin perjuicio de ello, y con el fin de que no se generen dudas sobre el alcance de esta decisión es preciso señalar que los Estados deben continuar con el cumplimiento de las obligaciones que les corresponden en la ejecución de las acciones necesarias para alcanzar los objetivos del programa marco elaborado para superar la situación objeto de este proceso, conforme el compromiso asumido en la audiencia del 25 de marzo de 2009 y en la presentación de fs. 1044/1102.

22) Que, a su vez, con la finalidad de evitar la profusión de trámites e impedir la provocación de situaciones que puedan llegar a configurar un caso de privación jurisdiccional (arg. Fallos: 323:3991, considerando 7° y causa CSJ 915/2006 (42-L)/CS1 "Ledezma, Juan Carlos y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo", pronunciamiento del 3 de julio de 2007), habrá de disponerse

la remisión de estas actuaciones al Juzgado Civil y Comercial n° 6 de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia del Chaco, a los fines de su continuidad en el marco de la ejecución de la sentencia correspondiente a la causa "Instituto del Aborigen Chaqueño (I.D.A.CH.) y pueblos indígenas Qom, Wichi y Mocoví c/ Gobierno de la Provincia del Chaco y/o quien resulte responsable s/ acción de amparo" (expediente n° 454, año 2007), y de la aquí dictada, a cuyo fin el Estado provincial deberá proseguir con la presentación de los informes relativos al cumplimiento de las acciones contempladas en el programa consensuado con el Gobierno Nacional y el Instituto del Aborigen Chaqueño (arg. Fallos: 334:1754).

Asimismo, en mérito a la competencia territorial que le corresponde al Juzgado Federal de Primera Instancia de Presidencia Roque Sáenz Peña en las regiones de los departamentos General Güemes y Libertador General San Martín alcanzadas por la medida cautelar decretada por esta Corte a fs. 52/55 (Fallos: 330:4134), y a la intervención que tuvo en el asunto según se desprende de las constancias de fs. 1810/1887, se le remitirán fotocopias certificadas de las actuaciones a fin de que continúe con el seguimiento del cumplimiento de dicha medida por parte del Estado Nacional, ya que el derecho al fuero federal que le asiste se encontrará allí resguardado.

Por ello y de conformidad con lo oportunamente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal a fs. 43/44, se resuelve: I. Declarar que esta causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. II. Remitir las actuaciones al Juzgado Civil y Comercial n° 6 de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia del Chaco y fotocopias certificadas al Juzgado Federal de Primera Instancia de Presidencia Roque Sáenz Peña, a los fines indicados en el considerando 22 de este pronunciamiento. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia parcial)– Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que, por las razones que sirvieron de fundamento a la resolución dictada en la presente causa con fecha 18 de septiembre de 2007 (fs. 52/55), disidencia de las juezas Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay (Fallos: 330:4134), a las cuales me remito por razones de brevedad y para evitar repeticiones innecesarias, la presente causa no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación establecida en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

Por ello y de conformidad con lo oportunamente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal a fs. 43/44, se resuelve: I. Declarar que esta causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. II. Remitir las actuaciones al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco a efectos de que determine el tribunal competente para conocer de las presentes actuaciones. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Parte actora: **Eduardo René Mondino, Defensor del Pueblo de la Nación**, y los **Dres. Daniel Bugallo Olano, Horacio Eduardo Esber y Anselmo Agustín Sella.**

Parte demandada: **Estado Nacional**, representado por las **Dras. Sonia Haydeé Donati y María Alicia Gramajo; Provincia del Chaco**, representada por la **Dra. Olga Alejandra Kleisinger** y el **Instituto del Aborigen Chaqueño (presentado como tercero)**, representado por los señores **Orlando Charole y Eigidio Luis Roberto García**, con el patrocinio de la **Dra. María Lorena Gutiérrez Villar.**

FONTANA, EDITH FABIANA c/ CIBIE ARGENTINA S.A.
s/ JUICIO SUMARÍSIMO

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien las impugnaciones remiten al examen de cuestiones de índole fáctica, probatoria y de derecho común, ajenas, como regla y por su naturaleza al recurso del art. 14 de la ley 48, cabe reconocer excepción a ese principio cuando la omisión de considerar un planteo oportunamente introducido y conducente para una adecuada solución del pleito, es susceptible de vulnerar la garantía de defensa.

DESPIDO DISCRIMINATORIO

La existencia del motivo discriminatorio del despido se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio reprochado, bastando que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere; la única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos.

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que declaró la nulidad del despido de la actora por entender que encubría un acto discriminatorio, toda vez que la recurrente reprocha al fallo de cámara la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente, lo cual configura prima facie una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que declaró la nulidad del despido de la actora por entender que encubría un acto discriminatorio no puede prosperar, toda vez que los agravios giran en tor-

no a cuestiones fácticas y procesales, propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48, y la recurrente no ha logrado demostrar la arbitrariedad que alega (Disidencia del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que declaró la nulidad del despido de la actora por entender que encubría un acto discriminatorio no puede prosperar, pues el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia con la valoración de la prueba realizada por el a quo, y el planteo referente a la omisión de considerar constancias de la causa carece de la debida autosuficiencia, en tanto el recurrente no individualiza cuáles son concretamente los elementos de juicio que lograron demostrar la crisis económica invocada y en qué medida resultaron idóneos para hacer caer los indicios de discriminación que el a quo tuvo en cuenta (Disidencia del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que declaró la nulidad del despido de la actora por entender que encubría un acto discriminatorio es improcedente, pues los argumentos de la recurrente no satisfacen la carga de la debida fundamentación autónoma y crítica y esa insuficiencia se hace más notoria si se considera la coherencia del conjunto de los indicios sobre los cuales el a quo formó su convicción respecto de la existencia de discriminación (Disidencia del juez Rosatti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de abril de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa Fontana, Edith Fabiana c/ Cibie Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 424/426 de los autos principales cuya foliatura será la citada en lo sucesivo), revocó el fallo de primera instancia y declaró la nulidad del despido de la actora por entender que encubría un acto discriminatorio. A partir de ello, dispuso la reinstalación en el puesto de trabajo, así como el pago de $ 150.000 en concepto de reparación del daño moral.

2°) Que para así resolver, y tras señalar que correspondía aplicar el estándar probatorio fijado por esta Corte en "Pellicori" (Fallos: 334:1387), el *a quo* consideró que la prueba testifical evidenciaba un "haz de indicios suficientes" para presumir que la trabajadora había sido víctima de discriminación por su actividad gremial.

3°) Que contra tal pronunciamiento la empleadora dedujo el recurso extraordinario de fs. 428/445 –cuya denegación originó esta queja– en el cual, con fundamento en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias, cuestiona que el *a quo* no señaló en base a qué pruebas tuvo por demostrada la supuesta actividad sindical de la actora. Critica, asimismo, la omisión de analizar los motivos económicos invocados para extinguir el contrato y la prueba producida a ese respecto, la cual daba cuenta de que la actora había sido despedida, junto a otros 34 dependientes, por falta o disminución de trabajo, mediante un acta notarial en la que se detallaron las pérdidas de la empresa, sus causas y el contexto. Finalmente se agravia porque no se dieron razones para justificar el importe de la condena por daño moral.

4°) Que si bien las impugnaciones remiten al examen de cuestiones de índole fáctica, probatoria y de derecho común, ajenas, como regla y por su naturaleza al recurso del art. 14 de la ley 48, cabe reconocer excepción a ese principio cuando, como ocurre en el caso, la omisión de considerar un planteo oportunamente introducido y conducente para una adecuada solución del pleito, es susceptible de vulnerar la garantía de defensa (Fallos: 317:638; 330:4459 y 339:408, entre muchos más).

5°) Que esta Corte ha establecido el estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, dada la notoria dificultad para considerar fehacientemente acreditada la discriminación ("Pellicori" Fallos: 334:1387, "Sisnero" Fallos: 337:611 y "Varela" Fallos: 341:1106).

Según dicho estándar, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos.

6°) Que, si bien el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia valorativa, asiste razón a la recurrente en cuanto reprocha al fallo de cámara la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente -tal como fue reseñado en el pronunciamiento de primera instancia, v. fs. 384/385-, lo cual configura *prima facie* una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación, en los términos de la doctrina precedentemente reseñada.

Por consiguiente, corresponde descalificar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia del agravio examinado sin que ello implique abrir juicio sobre el desenlace definitivo de la causa. En esas condiciones se torna innecesario el examen de los restantes cuestionamientos traídos a consideración del Tribunal.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito de fs. 2. 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, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda (según su voto)– Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti (en disidencia).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 424/426 de los autos principales cuya foliatura será la citada en lo sucesivo), revocó el fallo de primera instancia y declaró la nulidad del despido de la actora por entender que encubría un acto discriminatorio. A partir de ello, dispuso la reinstalación en el puesto de trabajo, así como el pago de $ 150.000 en concepto de reparación del daño moral.

2°) Que para así resolver, y tras señalar que correspondía aplicar el estándar probatorio fijado por esta Corte en "Pellicori" (Fallos: 334:1387), el *a quo* consideró que la prueba testifical evidenciaba un "haz de indicios suficientes" para presumir que la trabajadora había sido víctima de discriminación por su actividad gremial.

3°) Que contra tal pronunciamiento la empleadora dedujo el recurso extraordinario de fs. 428/445 –cuya denegación originó esta queja– en el cual, con fundamento en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias, cuestiona que el *a quo* no señaló en base a qué pruebas tuvo por demostrada la supuesta actividad sindical de la actora. Critica, asimismo, la omisión de analizar los motivos económicos invocados para extinguir el contrato y la prueba producida a ese respecto, la cual daba cuenta de que la actora había sido despedida, junto a otros 34 dependientes, por falta o disminución de trabajo, mediante un acta notarial en la que se detallaron las pérdidas de la empresa, sus causas y el contexto. Finalmente se agravia porque no se dieron razones para justificar el importe de la condena por daño moral.

4°) Que si bien las impugnaciones remiten al examen de cuestiones de índole fáctica, probatoria y de derecho común, ajenas, como regla y por su naturaleza al recurso del art. 14 de la ley 48, cabe reconocer excepción a ese principio cuando, como ocurre en el caso, la omisión de considerar un planteo oportunamente introducido y conducente para una adecuada solución del pleito, es susceptible de vulnerar la garantía de defensa (Fallos: 317:638; 330:4459 y 339:408, entre muchos más).

5°) Que esta Corte ha establecido el estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el mar-

co de una relación de empleo, dada la notoria dificultad para considerar fehacientemente acreditada la discriminación ("Pellicori" Fallos: 334:1387, "Sisnero" Fallos: 337:611 y "Varela" Fallos: 341:1106). Según dicho estándar, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa una motivación objetiva y razonable ajena a toda discriminación.

6°) Que, si bien el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia valorativa, asiste razón a la recurrente en cuanto reprocha al fallo de cámara la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente -tal como fue reseñado en el pronunciamiento de primera instancia, v. fs. 384/385-, lo cual configura *prima facie* una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación, en los términos de la doctrina precedentemente reseñada.

Por consiguiente, corresponde descalificar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia del agravio examinado sin que ello implique abrir juicio sobre el desenlace definitivo de la causa. En esas condiciones se torna innecesario el examen de los restantes cuestionamientos traídos a consideración del Tribunal.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito de fs. 2. 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, oportunamente, remítase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al revocar el fallo de la instancia anterior, hizo lugar a la demanda, declaró la nulidad del despido dispuesto por la empleadora por encubrir un acto discriminatorio y la condenó a reinstalar a la actora en su puesto de trabajo y a abonarle la suma de $ 150.000 con más sus intereses.

2°) Que, para decidir de ese modo, tuvo en cuenta que la pretensión se proyectaba sobre la ley 23.592 y que debía ser resuelta de conformidad con el estándar fijado por esta Corte en el precedente "*Pellicori*" (Fallos: 334:1387).

Desde esa perspectiva, juzgó que los elementos de juicio reunidos en la causa permitían tener por configurados indicios suficientes que autorizaban a presumir que la demandante había sido víctima de discriminación. En efecto, consideró probado que la trabajadora no solo fue una asistente activa a las asambleas que se realizaron con motivo del conflicto iniciado a fines de 2013, que -en ese entonces- culminó con su despido, sino también que había cumplido el rol de "correa de transmisión" entre los delegados y los trabajadores, difundiendo propuestas gremiales, reivindicando la libertad sindical y militando para concientizar a sus compañeros, todo lo cual daba cuenta de que había existido un motivo discriminatorio, verdadera razón del distracto.

3°) Que, contra tal pronunciamiento, la empleadora dedujo el recurso extraordinario de fs. 428/445, cuya denegación dio origen a la presente queja. Con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, la recurrente aduce que la sentencia se aparta de las constancias de la causa, que daban cuenta de que la desvinculación había obedecido a la grave crisis económica derivada de la caída del mercado automotriz; plantea que la actora no era una activista sindical; y se agravia del monto de condena.

4°) Que el remedio intentado no puede prosperar. Los agravios giran en torno a cuestiones fácticas y procesales, propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48, y la recurrente no ha logrado demostrar la arbitrariedad que alega.

Ello es así porque el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia con la valoración de la prueba realizada por el *a quo*, y el planteo referente a la omisión de considerar constancias de la causa carece de la debida autosuficiencia, en tanto el recurrente no individualiza cuáles son concretamente los elementos de juicio que lograron demostrar la crisis económica invocada y en qué medida resultaron idóneos para hacer caer los indicios de discriminación que el *a quo* tuvo en cuenta. Las referencias genéricas a "*todo el material probatorio*" o a "*toda prueba producida por Cibie*" (fs. 434 vta.), supuestamente preteridas por el *a quo*, no satisfacen la carga de la debida fundamentación autónoma y crítica que pesaba sobre el apelante. Esta insuficiencia se hace más notoria si se considera la coherencia del conjunto de los indicios sobre los cuales el *a quo* formó su convicción respecto de la existencia de discriminación, entre los que se encuentra la circunstancia de que la actora fue despedida dos veces, la primera, al culminar el conflicto gremial de 2013 y la segunda, en octubre de 2014, desvinculación que dio lugar a estas actuaciones.

5°) Que, respecto de los restantes agravios formulados por la apelante, el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presentación directa. Se da por perdido el depósito. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese la queja.

HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por **Cibie Argentina S.A., parte demandada**, representada por el **Dr. Alberto José González Torres** con el patrocinio letrado de la **Dra. María Agustina Gertel.**

Tribunal de origen: **Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 26.**

JUÁREZ, SERGIO DANIEL c/ FEDERACIÓN PATRONAL SEGUROS S.A. y Otro s/ Aaccidente – ley especial

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien la apreciación de elementos de hecho y prueba constituye, como principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, esta regla no es óbice para que la Corte conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella cuando, la decisión impugnada no se ajusta al principio que exige que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que condenó a la ART e hizo lugar a la acción de reparación fundada en el derecho civil, si el a quo omitió ponderar adecuadamente las conclusiones –no impugnadas en la causa– del detallado informe efectuado por el perito ingeniero laboral que dio cuenta de la profusa actividad desplegada por la compañía demandada a fin de prevenir riesgos cumpliendo con las obligaciones de asesorar, asistir y capacitar a la empleadora, relevar los agentes de riesgo, realizar numerosas visitas de inspección, de asesoramiento técnico, de capacitación, investigación de accidentes y de enfermedades profesionales, como así también verificar el estado de cumplimiento de la normativa aplicable y efectuar las denuncias pertinentes a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, además de entregar manuales sobre higiene y seguridad y llevar a cabo exámenes médicos periódicos al personal.

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que condenó a la ART e hizo lugar a la acción de reparación fundada en el derecho civil, pues conforme al informe pericial el esfuerzo físico que requería el trabajo desarrollado por el actor se encontraba dentro de lo permitido por la reglamentación pertinente y dentro de la denominada “zona de seguridad” y no menciona que la faja lumbar resultase indispensable.

ACCIDENTES DEL TRABAJO

La sentencia que condenó a la ART e hizo lugar a la acción de reparación fundada en el derecho civil es arbitraria, toda vez que la cámara hizo hincapié en una supuesta falta de entrega de la faja lumbar para responsabilizar a la ART, incluso cuando dos declaraciones testificales habían hecho referencia a que ese elemento fue distribuido.

ACCIDENTES DEL TRABAJO

La sola circunstancia de que el trabajador haya sufrido daños como consecuencia de su labor no autoriza a concluir sin más que la aseguradora de riesgos del trabajo ha incumplido con sus deberes de prevención y vigilancia a su cargo a los efectos de la eventual imputación de responsabilidad civil.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Corresponde rechazar el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que condenó a la ART e hizo lugar a la acción de reparación fundada en el derecho civil, pues los planteos del apelante omiten precisar, en términos expresos y concretos, la magnitud del perjuicio que la sentencia objetada le ocasiona, en tanto es requisito necesario para el ejercicio de la jurisdicción originaria o apelada de la Corte Suprema, cuya ausencia debe ser comprobada por esta aun de oficio, que la controversia que se intenta someter a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta, como sería el planteo de quien carezca de interés económico o jurídico susceptible de ser eficazmente tutelado por la sentencia a dictarse (Disidencia del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Corresponde rechazar el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que condenó a la ART e hizo lugar a la acción de reparación fundada en el derecho civil, toda vez que el tenor de los agravios -en cuanto denuncian una lesión patrimonial- hacían necesario determinar la medida del gravamen, el que no surge evidente en atención a las vicisitudes de la causa (Disidencia del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Corresponde rechazar el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que condenó a la ART e hizo lugar a la acción de reparación fundada en el derecho civil, pues los agravios del apelante no rebaten todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia apelada y no se hacen cargo de que la alzada justificó el nexo de causalidad en la ausencia de toda prueba que demostrara haber controlado la sobrecarga física que las tareas del actor importaban, así como la provisión de elementos de seguridad específicos (faja lumbar) (Disidencia del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Corresponde rechazar el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que condenó a la ART e hizo lugar a la acción de reparación fundada en el derecho civil, toda vez que de la pericia técnica, que fue expresa y extensamente analizada por el a quo, se extrajo que el actor efectuaba un importante esfuerzo; que la aseguradora no indicó que éste estuviera alcanzado por agentes de riesgos; que previo a producirse el primer accidente la ART brindó recomendaciones pero estas no estaban explicitadas por lo que el perito no pudo dar cuenta del contenido, y que el auxiliar no informó si el actor recibió las capacitaciones realizadas por la aseguradora (Disidencia del juez Rosatti).

ACCIDENTES DEL TRABAJO

No resulta hábil para revertir lo resuelto por la sentencia que condenó a la ART e hizo lugar a la acción de reparación fundada en el derecho civil, la genérica mención que la recurrente realiza a la prueba pericial técnica, en tanto una reseña parcial y fragmentada de su contenido no justifica que las medidas de seguridad referidas por el perito como adoptadas por la demandada, fueran eficaces para prevenir la afección columnaria padecida por el trabajador (Disidencia del juez Rosatti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Federación Patronal Seguros S.A. en la causa Juárez, Sergio Daniel c/ Federación Patronal Seguros S.A. y otro s/ accidente – ley especial", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en lo que interesa, revocó la sentencia de la instancia anterior e hizo lugar a la acción que, fundada en el derecho civil, entabló el actor contra Federación Patronal Seguros S.A. a fin de obtener la reparación integral de los daños que padece –incapacidad del 6% por patología lumbar– como consecuencia de las tareas de prensero que realizaba para su empleadora.

Para así decidir el *a quo* estimó que la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART) no había realizado actividad alguna con el fin de prevenir eventuales riesgos con relación al puesto de trabajo del actor como, por ejemplo, recomendar la utilización de fajas lumbares. Por ello, atribuyó responsabilidad civil a la aseguradora, en los términos de los arts. 1710, inc. b y 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación, en forma solidaria junto con la empleadora -Ingratta S.A.– a abonar al demandante la suma de $ 180.000 (v. fs. 749/765 de los autos principales, foliatura a la que se aludirá en lo sucesivo).

Asimismo, la cámara consideró que dicho monto resultaba escaso pero como este ítem solo había sido apelado por Ingratta S.A. por entenderlo exagerado, debía confirmar dicho aspecto del fallo de origen. En cambio, elevó la tasa de interés del 15% al 36% anual, pese a que tampoco los accesorios habían sido materia de apelación, como observó la jueza Diana Regina Cañal cuyo voto obtuvo mayoría.

2°) Que contra dicha decisión la ART dedujo el recurso extraordinario (fs. 774/782) de los autos principales, cuya denegación originó la presente queja.

Sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad la apelante cuestiona que se le haya endilgado responsabilidad civil por supuestos incumplimientos u omisiones a los deberes de prevención y seguridad que le impone la ley 24.557. Afirma que el fallo omitió tener en cuenta el dictamen del perito ingeniero que daba cuenta que ella había dictado cursos de capacitación, proporcionado elementos de protección personal y denunciado incumplimientos de la empleadora ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Expresa que el experto reseñó las numerosas visitas de inspección efectuadas por la ART, así como las labores de asesoramiento y capacitación que realizó en el establecimiento donde laboraba el actor. Aduce que tampoco se valoró que de las declaraciones testificales se desprendía que el reclamante contaba con faja lumbar. Por lo demás, impugnó el fallo por cuanto modificó la tasa de interés fijada en primera instancia aun cuando las partes habían consentido dicho extremo pues no habían formulado agravio alguno al respecto.

3°) Que si bien la apreciación de elementos de hecho y prueba constituye, como principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, esta regla no es óbice para que el Tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella cuando, como ocurre en el presente, la decisión impugnada no se ajusta al principio que exige que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 321:2131, entre muchos otros).

4°) Que en efecto, tal como se alega, el *a quo* omitió ponderar adecuadamente las conclusiones –no impugnadas en autos– del detallado informe efectuado por el perito ingeniero laboral que dio cuenta de la profusa actividad desplegada por la compañía demandada a fin de prevenir riegos (v. fs. 403/428).

Ciertamente, el experto informó que la ART había dado cumplimiento con las obligaciones de asesorar, asistir y capacitar a la empleadora, que había efectuado relevamientos de agentes de riesgo, que había realizado numerosas visitas de inspección, de asesoramiento técnico, de capacitación, investigación de accidentes y de enfermedades profesionales, como así también que había verificado el estado de cumplimiento de la normativa aplicable y que, respecto de los incum-

plimientos constatados, había efectuado las denuncias pertinentes a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Además de ello, había entregado manuales sobre higiene y seguridad y llevado a cabo exámenes médicos periódicos al personal.

El ingeniero identificó, también, los cursos de capacitación que la ART había impartido ("prevención en el levantamiento y movimiento de cargas" y "revisión de procesos de trabajo y agentes de riesgo en sectores PU-Mezclado–Prensas y Expedición", entre muchos más; v. fs. 412/413); los testigos corroboraron haber participado de ellos (v. fs. 276 y 295).

5°) Que, de otro lado, cabe puntualizar que con arreglo al peritaje técnico, el esfuerzo físico que requería el trabajo desarrollado por el actor se encontraba dentro de lo permitido por la reglamentación pertinente y dentro de la denominada "zona de seguridad" (v. fs. 414/415). Al respecto, cabe destacar que, según el ingeniero, los elementos de protección que el demandante necesitaba eran calzado de seguridad y guantes, artículos que le habían sido provistos, de acuerdo con lo constatado (v. fs. 414). El informe no menciona que la faja lumbar resultase indispensable. Empero, la cámara hizo hincapié en una supuesta falta de entrega para responsabilizar a la ART incluso cuando dos declaraciones testificales habían hecho referencia a que ese elemento fue distribuido (v. fs. 281 y 283).

En tales condiciones, la sola circunstancia de que el trabajador haya sufrido daños como consecuencia de su labor no autoriza a concluir sin más que la aseguradora de riesgos del trabajo ha incumplido con sus deberes de prevención y vigilancia a su cargo a los efectos de la eventual imputación de responsabilidad civil (doctrina emergente de "Rodríguez, Hermógenes Héctor", Fallos: 342:250). De ahí que corresponda admitir la apelación y dejar sin efecto lo resuelto en los aspectos examinados conforme con la conocida doctrina del Tribunal sobre arbitrariedad de sentencias, lo que torna innecesario el tratamiento del resto de los agravios de la recurrente.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas por su orden en atención a la índole de la cuestión propuesta. Agréguese la queja al expediente principal, reintégrese el depósito allí efectuado a fs. 36 y devuélvase a fin de que, por quien co-

rresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti (en disidencia).

Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Horacio Rosatti

Considerando:

1°) Que el actor promovió demanda contra su empleadora Ingratta S.A. y la aseguradora Federación Patronal Seguros S.A., en procura de la reparación integral de los daños en su columna lumbosacra que vinculó causalmente a las tareas cumplidas como prensero.

La jueza de primera instancia admitió el reclamo contra ambas. Responsabilizó a la empresa, con sustento en los arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial de la Nación, al encuadrar las labores realizadas por el trabajador como actividad riesgosa y haber intervenido en la producción del daño cosas (máquina prensadora y moldes de suelas de calzado) propiedad de Ingratta S.A. Para ello consideró probados -por las pericias médica y técnica, y las declaraciones testimoniales- una minusvalía del 6% t.o., que el actor realizaba sus tareas de pie y que estas requerían esfuerzos repetitivos (al manipular las tapas de los moldes o matrices con un peso que excedía los 10 kg.), así como esfuerzos aislados (al levantar los moldes de 30 kg. desde el piso). Valoró el informe de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo que dio cuenta de dos denuncias de accidentes de trabajo efectuadas por el actor ante la ART (ocurridos el 8 de septiembre de 2008 y 30 de abril de 2009), similares en su mecánica en cuanto involucraron esfuerzos físicos excesivos al levantar objetos, que causaron traumatismos internos en la región lumbosacra. Fijó la reparación, a valores actuales al momento del pronunciamiento, en la suma de $ 180.000 con intereses al 15% anual desde la fecha del primer accidente y hasta la sentencia, y conforme el Acta 2601 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo desde la sentencia en adelante. En cuanto a la ART la magistrada desestimó el reclamo fundado en el art. 1074 del Código Civil por hallar

demostrado que la aseguradora satisfizo sus obligaciones de control y asesoramiento a la empleadora sobre el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo al realizar visitas, efectuar recomendaciones y denunciar a la empresa cuando lo consideró pertinente. Sin embargo, admitió el reclamo subsidiario de las prestaciones de la ley 24.557 en cuanto los hechos sobrevinieron en vigencia de la póliza, dispuso el cálculo conforme la fórmula de la ley 24.557 sin tope -al que declaró inconstitucional- y con intereses conforme el Acta 2601 de la cámara laboral antes citada desde la fecha del primer accidente y hasta el efectivo pago, suma que dispuso descontar de lo que correspondiera abonar a la empleadora.

El fallo fue apelado por Ingratta S.A. en orden a su responsabilidad, la cuantificación de la reparación, las costas y la limitación de la condena solidaria de Federación Patronal Seguros S.A. La aseguradora apeló, únicamente, los honorarios regulados a las representaciones letradas y peritos.

2°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por mayoría, confirmó el monto de condena y los estipendios regulados. En cambio, modificó la sentencia de la anterior instancia al extender la responsabilidad solidaria de la ART por encuadrar su obrar en los arts. 1710 inc. b y 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación (anterior art. 1074 del Código Civil). Revocó, además, los intereses establecidos, fijándolos en el 36% anual.

3°) Que contra ese pronunciamiento, Federación Patronal Seguros S.A. dedujo el remedio federal cuya denegación dio origen a la presente queja, en el que plantea –sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad- que la cámara pretirió la prueba pericial técnica que daba cuenta del acabado cumplimiento de las obligaciones a su cargo, efectuó una valoración parcial de las declaraciones testimoniales y modificó la tasa de interés que llegaba firme a la alzada.

4°) Que los planteos del apelante omiten precisar, en términos expresos y concretos, la magnitud del perjuicio que la sentencia objetada le ocasiona. Como ha expresado desde antiguo este Tribunal es requisito necesario para el ejercicio de la jurisdicción originaria o apelada de la Corte Suprema, cuya ausencia debe ser comprobada por esta aun de oficio, que la controversia que se intenta someter a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta, como sería el planteo

de quien carezca de interés económico o jurídico susceptible de ser eficazmente tutelado por la sentencia a dictarse (Fallos: 188:401; 189:185, 245; 211:1221; 331:1403, entre muchos otros).

Puestos en este quicio, el tenor de los agravios -en cuanto denuncian una lesión patrimonial- hacían necesario determinar la medida del gravamen, el que no surge evidente en atención a las vicisitudes de la causa. En efecto, la aseguradora había sido condenada en primera instancia, con intereses según el Acta 2601 de la cámara laboral, computables desde el año 2008, y la modificación de su responsabilidad decidida por el *a quo* importó una suma superior como resarcimiento en términos nominales pero también modificó la tasa de interés aplicable. Luego, resulta manifiesta que la ausencia de todo cálculo que demuestre el perjuicio económico concreto obsta al progreso de la pretensión recursiva.

5°) Que, por lo demás, los agravios del apelante tampoco rebaten todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia apelada. En efecto, la recurrente no se hace cargo de que la alzada justificó el nexo de causalidad en la ausencia de toda prueba que demostrara haber controlado la sobrecarga física que las tareas del actor importaban, así como la provisión de elementos de seguridad específicos (faja lumbar).

En la apelación federal, la aseguradora afirma que la cámara omitió arbitrariamente la pericia técnica incorporada a la causa que daba cuenta del cumplimiento de sus obligaciones. Señala que los jueces se basaron *"en pasajes y fragmentos maliciosamente parciales de declaraciones testimoniales, obviando que un experto en la materia de seguridad e higiene dijo todo lo contrario a lo transcripto por el fallo"*.

No obstante, la lectura de la sentencia apelada y de las constancias de la causa, priva de todo sustento a tal aserto. Ello así pues la pericia técnica de fs. 406/428 -cuyo contenido es transcripto parcialmente por la recurrente- fue expresa y extensamente analizada por el *a quo*, de la que extrajo: a) que el actor efectuaba un importante esfuerzo, al manipular 2 matrices por máquina y trabajar en dos máquinas, debiendo mover ***"211,92 kg. por hora y a lo largo de la jornada laboral de 7 horas llegan a los 1.483,44 kg."***; b) la aseguradora en su relevamiento de mayo de 2005 no indicó que el actor estuviera alcanzado por agentes de riesgos; c) previo a producirse el primer

accidente la ART brindó recomendaciones pero estas no estaban explicitadas por lo que el perito no pudo dar cuenta del contenido, y d) el auxiliar no informó si el actor recibió las capacitaciones realizadas por la aseguradora (fs. 759/760).

Idéntica reflexión cabe respecto de la prueba testimonial, la que fue objeto de detallado análisis (fs. 760/762). A las señaladas constancias la cámara sumó la documental aportada por la ART de la que extrajo que en el relevamiento de agentes de riesgos realizado el 27 de mayo de 2003 el actor no figuraba expuesto a ninguno. Advirtió la ausencia de constancia de la participación del actor en la capacitación organizada por la apelante.

Sobre esta base probatoria concluyó que respecto de las específicas tareas del actor no obraba en la causa constancia de que la ART efectuara recomendación o capacitación específica tendiente a prevenir el daño por el que luego debió accionar. Enfatizó, en este aspecto, que la posición defensiva de la aseguradora se asentó en que el trabajador no se encontraba expuesto a riesgo alguno y que de las pruebas aportadas a la causa resultó que el actor debió realizar, de modo repetitivo o aislado, un esfuerzo físico que ocasionó la lesión constatada.

6°) Que, por otro lado, la presentación recursiva no guarda relación con lo actuado en el pleito. Ello así porque **la apelante alega que la sentencia** ***"ha sido contraria a las prescripciones de la ley 26.773 (ley del Congreso), apartándose también de la doctrina que ha sentado la Corte Suprema en relación a la interpretación de dicha ley",*** **norma ajena a la controversia y que no fue tratada por el** ***a quo*****; refiere que la sentencia de primera instancia fijó los intereses de su condena al 15% anual, cuando se le aplicó una tasa diferente; y que la intervención de la cámara fue habilitada por la apelación del actor, quien no interpuso recurso alguno, y omite toda referencia a las dolencias por las que se reclamó, características de las tareas y contenido de la pericia médica.**

7°) Que tampoco resulta hábil para revertir lo resuelto la genérica mención que la recurrente realiza a la prueba pericial técnica. Ello en tanto una reseña parcial y fragmentada de su contenido no justifica que las medidas de seguridad referidas por el perito como adoptadas por la demandada, fueran eficaces para prevenir la afección columnaria padecida por el trabajador. Esta actividad recursiva no puede ser

suplida de oficio por el Tribunal, dado que la jurisdicción de esta Corte se encuentra limitada por los términos del escrito del recurso extraordinario (Fallos: 296:291; 302:283 y causa *"Fernández, Sergio Hernán"*, Fallos: 342:867, disidencia del juez Rosatti).

Por ello, se desestima la presentación directa. Dese por perdido el depósito. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por **Federación Patronal Seguros S.A.,** representada por el **Dr. Emilio Julio Cárrega**.

Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 37.**

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN Y OTROS S/ HÁBEAS CORPUS

RECURSO EXTRAORDINARIO

Toda vez que la protesta de los apelantes contra la solución consagrada en el fallo -que por lo visto encuentra respaldo en el texto mismo de la ley- en realidad se limita a proponer otra distinta, sin contemplar y rebatir los argumentos en que se sustenta la primera, ni tampoco presentar adecuadamente un planteo federal que en este aspecto suscite la intervención de la Corte, corresponde concluir que el reclamo es inadmisible por no satisfacer la exigencia de fundamentación suficiente.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Toda vez que el reclamo se dirige a una cuestión de derecho procesal, es ajena a la revisión de la Corte, en tanto la mera invocación del principio de división de poderes carente de una explicación concreta acerca de

cuál sería la facultad privativa de la administración que mediante ese proceder se habrían arrogado los jueces – sentencia que hizo lugar a acción de hábeas corpus que denunciaba un agravamiento en las condiciones de detención por haber sido reducido el salario que percibían los internos que trabajaban en los talleres del establecimiento-, no basta para demostrar la existencia de una auténtica cuestión federal, ni es fundamento bastante para apreciar un supuesto de arbitrariedad.

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

SENTENCIA

La sentencia debe entenderse como una unidad lógico-jurídica en la que su parte dispositiva es la conclusión necesaria de las premisas fácticas y normativas que integran sus fundamentos.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el recurso interpuesto por la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal contra la decisión de la cámara de apelaciones que confirmó la resolución de primera instancia que, a su vez, había admitido el hábeas corpus presentado en favor de los internos de la Unidad n° 4 de Santa Rosa, provincia de La Pampa.

El pronunciamiento fue impugnado mediante el recurso extraordinario deducido a fojas 235/247 del expediente principal, que al ser denegado (fs. 258/259) dio lugar a la presente queja.

-II

La acción de hábeas corpus se inició en julio de 2016 y señalaba un agravamiento en las condiciones de detención por haber sido sustancialmente reducido el salario que percibían los internos que trabajaban en los talleres del establecimiento. La disminución, según las autoridades penitenciarias, se debía a un control de asistencia más

estricto y a la aplicación del criterio fijado en el dictamen 129/16 del Ente de Cooperación Técnica y Financiera (ENCOPE), según el cual sólo se retribuían las horas efectivamente trabajadas.

El juez de primera instancia hizo lugar a la petición y ordenó volver a computar y abonar las horas trabajadas en la forma en que se lo hacía con anterioridad al mes de mayo de aquel año. Asimismo, dispuso que cualquier modificación futura "deberá considerar la remuneración mínima en relación a la cantidad de horas efectivamente disponibles" y que "se deberán descontar los períodos semanales en los que no exista la posibilidad práctica de trabajar y la falta de talleres disponibles para trabajar". Finalmente, otorgó sesenta días al servicio penitenciario para poner en funcionamiento los talleres que estaban en preparación (fs. 109/1 15).

Los apoderados de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal apelaron por considerar que el hábeas corpus no era la vía idónea para plantear esta cuestión y que el juez, al disponer que se remuneren horas disponibles pero no trabajadas -incluso por falta de puestos de trabajo- excedió el límite de su jurisdicción y creó un régimen de derechos más amplio que el previsto por la ley. En segundo lugar, sostuvieron que la orden de poner en funcionamiento más talleres en el plazo de sesenta días constituye una decisión sobre la asignación del presupuesto que corresponde con exclusividad al poder administrador, y que ni siquiera se ha reparado en que los trámites legales de contrataciones públicas hacen que el plazo sea de cumplimiento imposible. En tercer término, afirmaron que la restricción impuesta para que toda modificación futura tenga en cuenta "las horas efectivamente disponibles", con descuento de "los períodos semanales en que no exista posibilidad práctica de trabajar y la falta de talleres disponibles para trabajar" no es clara en sus alcances y si se interpretara en el sentido de que deben ser remuneradas todas las horas en que los internos tengan disponibilidad para trabajar, resultaría una carga para el erario público carente de fundamento legal (fs. 149/154).

La cámara de apelaciones, si bien confirmó el fallo, aclaró que las ausencias que no debían ser motivo de reducción salarial eran las que en general podrían ser encuadradas en el régimen de licencias autorizadas por la ley de contrato de trabajo -que se consideró enteramente aplicable en virtud de lo establecido por los artículos 117 y 120 de la ley 24660- entre las que incluyó, a modo de ejemplo, las ausencias por enfermedad, educación, visitas, traslados y salidas transitorias, mientras que las ausencias injustificadas y demás situaciones al margen del mencionado régimen, no debían computarse como horas efectivamen-

te disponibles. Por otra parte, amplió a seis meses el plazo otorgado al servicio penitenciario para poner en marcha los talleres (fs. 161/165).

El recurso interpuesto contra el pronunciamiento de segunda instancia fue rechazado por la cámara de casación. En primer lugar, el tribunal consideró que el trabajo en el establecimiento, y su remuneración, constituyen condiciones de la detención que han sido agravadas por una forma de computar el salario que redundó en una merma efectiva de los ingresos de los afectados, razón por la cual el hábeas corpus era la vía procesal idónea para plantear la cuestión; y en segundo término, ratificó que a la remuneración del trabajo carcelario le resulta aplicable, en general, el derecho laboral vigente, en especial en lo tocante al pago de las ausencias justificadas ante contingencias tales como enfermedad, comparecencia ante autoridades, traslados ordenados, falta de afectación a tareas laborales o de disponibilidad de plazas de trabajo ajenas a la decisión del interno, visitas "u otros casos que puedan considerarse razonablemente como inasistencias justificadas de acuerdo con las particularidades del encierro" (fs. 220 y siguientes).

Los abogados del servicio penitenciario impugnaron esa decisión mediante el recurso extraordinario obrante a fojas 235 con fundamento en el principio de división de poderes. En este sentido, la parte recurrente estimó que el fallo, a partir de pautas de excesiva laxitud, había consagrado un régimen para el trabajo carcelario nuevo, diferente al establecido por el legislador en la ley 24660. En particular, la protesta se dirigió contra la afirmación que se encuentra en la opinión mayoritaria, expresada por la jueza Figueroa, de que las horas no trabajadas "por falta de disponibilidad de plazas para el trabajo" debían ser igualmente remuneradas, pues esa regla no se encuentra en la legislación laboral vigente, toda vez que no existe un derecho al salario cuando un trabajador no encuentra satisfecha su demanda de empleo.

De igual modo, entendieron los apelantes que el *a quo* vulneró la división de poderes cuando ordenó al servicio penitenciario poner en funcionamiento nuevos talleres o dotarlos del equipamiento necesario en un plazo de seis meses, pues ello implica decidir en materia de asignación del presupuesto e involucra cuestiones privativas de otros poderes del Estado, además de ser una orden que no se apoya en estudios que revelen su factibilidad técnica y económica.

-III-

Por regla general, los reclamos basados en la interpretación del derecho común -carácter que ostenta la ley 24660 (Fallos: 325:2031)-

remiten a cuestiones cuya resolución es privativa de los jueces de la causa y ajena a la instancia extraordinaria.

Tal es el caso de lo decidido en las instancias anteriores con fundamento en los artículos 107, 117 y 120 de la ley de ejecución penal, en cuanto establecen, respectivamente, que el trabajo de los internos respetará la legislación laboral y de la seguridad social vigente, que en su organización, métodos, jornadas, horarios, seguridad e higiene se atenderán las normas del trabajo libre, y que el salario será abonado en los términos establecidos en la regulación en vigor, todo lo que condujo al tribunal a quo a considerar que el tiempo trabajado se debía computar como lo dispone el artículo 152 de la ley de contrato de trabajo, es decir, incluyendo los períodos de licencias legales o convencionales y las ausencias por enfermedad u otras causas no imputables al trabajador empleado.

La protesta de los apelantes contra la solución consagrada en este punto del fallo -que por lo visto encuentra respaldo en el texto mismo de la ley- en realidad se limita a proponer otra distinta, sin contemplar y rebatir los argumentos en que se sustenta la primera, ni tampoco presentar adecuadamente un planteo federal que en este aspecto suscite la intervención de la Corte. En tales condiciones, y en concordancia con la doctrina de V.E., puede concluirse que el reclamo es inadmisible por no satisfacer la exigencia de fundamentación suficiente (Fallos: 328:1000; 330:2836; 341:235).

No obstante lo señalado, creo necesario formular la siguiente salvedad. La parte dispositiva de la sentencia apelada se limitó a rechazar el recurso y, de tal manera, confirmó la decisión de la instancia anterior que, por su parte, había aclarado los términos relativamente vagos del pronunciamiento de primera instancia en el sentido ya indicado en lo párrafos anteriores; sin embargo en los fundamentos puede leerse que al ejemplificar casos de horas que debían remunerarse, incluyó aquellas no trabajadas “por falta de disponibilidad de plazas para el trabajo en los talleres” (fs. 220 vta.). Con esa enumeración, es posible interpretar que el *a quo* restableció el error que había enmendado la cámara de apelaciones, pues como marca con acierto el apelante, la legislación laboral, por el momento, no reconoce a cada persona en disposición de trabajar un derecho al salario mínimo correspondiente, en caso de no conseguir empleo. Sin embargo, en atención a lo que fue efectivamente decidido en el fallo, y toda vez que la sentencia debe entenderse como una unidad lógico-jurídica en la que su parte dispositiva es la conclusión necesaria de las premisas fácticas y normativas que integran sus fundamentos (Fallos: 328:412; 330:1366

y 4040), considero que esa afirmación puede ser calificada como un desliz interpretativo que no debe ser tenido en cuenta.

Por último, sobre la posibilidad de fijar un plazo judicial a la incorporación de talleres para ampliar la oferta laboral, más allá de que han pasado más de dos años desde que el servicio penitenciario anunció en la audiencia de hábeas corpus que esa tarea estaba, con diferentes grados de avance, en ejecución (ver fs. 337 vta.) y que ésa y otras circunstancias relevantes -como la variación en la cantidad de internos alojados- han cambiado en el tiempo al punto de hacer incierta la actualidad del gravamen, estimo que el reclamo se dirige a una cuestión de derecho procesal ajena a la revisión de la Corte, en tanto la mera invocación del principio de división de poderes carente de una explicación concreta acerca de cuál sería la facultad privativa de la administración que mediante ese proceder se habrían arrogado los jueces, no basta para demostrar la existencia de una auténtica cuestión federal, ni es fundamento bastante para apreciar un supuesto de arbitrariedad.

-V-

En consecuencia, y con las aclaraciones formuladas, opino que V.E. debe desestimar la queja. Buenos Aires, 29 de noviembre de 2018. *E.E. Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal -Colonia Penal de Santa Rosa U.4- en la causa Procuración Penitenciaria de la Nación y otros s/ hábeas corpus", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General de la Nación interino, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se desestima el recurso de hecho planteado. Declárase perdido el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuyo pago se encuentra diferido, de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Tómese nota por Mesa de Entradas. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales a los que se adjuntará copia del dictamen que antecede y de la presente sentencia, archívese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por la **Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal –Colonia Penal de Santa Rosa Unidad 4-,** representada por los **Dres. Paula Jimena Álvarez y Luciano Rosignolo.**

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca; Juzgado Federal de Santa Rosa, La Pampa.**

B., M. A. Y OTROS C/ (OSDE) ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS S/ AMPARO LEY 16.986

DERECHO A LA SALUD

Si bien se ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, empero, también es criterio de la Corte que en nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia.

DERECHO A LA SALUD

La decisión de obligar a la entidad social a afrontar el 100 % de la cobertura de las prestaciones médicas, educativas y de transporte del menor discapacitado conforme con las prescripciones, recomendaciones y derivaciones que se le efectúen y con los medios elegidos por los

responsables del menor para llevarlas a cabo no resulta razonable en tanto desconoce la plataforma normativa cuya constitucionalidad no ha sido objetada y soslaya la competencia atribuida por ley a la autoridad de aplicación en la materia para reglamentar el alcance de las prestaciones dejando en manos de los profesionales que atienden al menor y de sus progenitores la determinación de lo que ha de entenderse por "atención integral" contemplada en el sistema.

-Del precedente "V., I. R." (Fallos: 340:1269) al que la Corte remite-

DERECHO A LA SALUD

Corresponde rechazar la acción de amparo incoada con el fin de que una empresa de medicina prepaga cubra un tratamiento biomédico consistente en una dieta libre de gluten caseínas, oxalatos, conservantes y colorantes y en el suministro de probióticos, suplementos y productos de limpieza e higiene personal específicos provenientes de Estados Unidos, pues si bien la ANMAT admitió que las personas con autismo pueden recibir tratamientos dietarios y biomédicos y que ciertos nutrientes y suplementos que en su consecuencia se prescriben podrían ser importados como para uso compasivo, no lo es menos que, la Superintendencia de Servicios de Salud informó que el tratamiento requerido no se encuentra previsto en la ley 24.901 ni está incorporado al P.M.O, y señaló que no había evidencia suficiente para respaldar su uso.

DERECHO A LA SALUD

Corresponde rechazar la acción de amparo destinada a que una empresa de medicina prepaga cubra un tratamiento biomédico consistente en una dieta libre de gluten caseínas, oxalatos, conservantes y colorantes y en el suministro de probióticos, suplementos y productos de limpieza e higiene personal específicos provenientes de Estados Unidos, toda vez que la Superintendencia de Servicios de Salud indicó que a partir de la evidencia disponible no era posible realizar recomendaciones al respecto y que los procedimientos diagnósticos o terapéuticos (incluyendo las terapias alternativas), que se encuentran en etapa experimental, no están contemplados en la normativa que rige para los agentes del seguro de salud y las entidades de medicina prepaga.

DERECHO A LA SALUD

La acción de amparo iniciada con el fin de que una empresa de medicina prepaga cubra un tratamiento biomédico consistente en una dieta libre de gluten caseínas, oxalatos, conservantes y colorantes y en el suministro de probióticos, suplementos y productos de limpieza e higiene personal específicos provenientes de Estados Unidos debe ser rechazada, pues la Academia Nacional de Medicina informó que el tratamiento biomédico consistente en suplementación dietaria, vitamínica, medicamentos prebióticos y minerales, se encuentra en etapa experimental y que las terapias que lo involucran, al momento actual, no tienen suficiente soporte científico para ser aplicados al espectro autista, los resultados son controversiales y no son recomendados por centros internacionales dedicados al autismo.

DERECHO A LA SALUD

Corresponde rechazar la acción de amparo iniciada a fin de que una empresa de medicina a cubra un tratamiento biomédico consistente en una dieta libre de gluten caseínas, oxalatos, conservantes y colorantes y en el suministro de probióticos, suplementos y productos de limpieza e higiene personal específicos provenientes de Estados Unidos, pues el Cuerpo Médico Forense, al dictaminar en la causa, fue elocuente con relación a la ausencia de demostración científica respecto de los supuestos beneficios de aquel tipo de tratamientos y que la revisión bibliográfica del tema aportaba más evidencia en contra que a favor de su utilidad.

DERECHO A LA SALUD

Debe revocarse la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo que obligó a una empresa de medicina prepaga a cubrir un tratamiento biomédico consistente en una dieta libre de gluten caseínas, oxalatos, conservantes y colorantes y en el suministro de probióticos, suplementos y productos de limpieza e higiene personal específicos provenientes de Estados Unidos, toda vez que resulta indudable el carácter experimental del tratamiento biomédico reclamado y el a quo soslayó que, conforme las constancias de la causa, la autoridad sanitaria no había otorgado suficiente autorización para que los agentes de salud prescriban y apliquen las nuevas prácticas y tratamientos.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Corresponde desestimar el recurso interpuesto contra la sentencia que condenó a la empresa de medicina prepaga a cubrir el tratamiento intensivo interdisciplinario que el menor necesita por su discapacidad, y un tratamiento biomédico, pues los agravios del apelante remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal, propias de los jueces de la causa y ajenas -como regla y por su naturaleza a la vía del art. 14 de la ley 48, máxime cuando la decisión se basa en fundamentos suficientes de igual carácter que bastan para sustentarla (Disidencia del juez Rosatti).

DERECHO A LA SALUD

Corresponde desestimar el recurso interpuesto contra la sentencia que condenó a la empresa de medicina prepaga a cubrir el tratamiento intensivo interdisciplinario que el menor necesita por su discapacidad, pues la demandada reconoce que el art. 39, inciso a, de la ley 24.901 prevé que los entes de salud deben cubrir la atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, empero señala -sin ahondar en demasiadas consideraciones- que en autos no se encuentra probado que el niño debía ser atendido en forma imprescindible por profesionales ajenos a su sistema de salud; cuestión que queda reducida a la plataforma fáctica del caso, que ha sido apreciada por el a quo de un modo verosímil (Disidencia del juez Rosatti).

MEDICINA PREPAGA

Los planteos de la empresa de medicina prepaga demandada que objetan la obligación de solventar prestaciones domiciliarias que exceden las autorizadas en el nomenclador de la resolución 428/1999, no pueden prosperar, toda vez la obra social no demuestra el perjuicio concreto que dicha decisión le ha causado, en tanto no pretende que se eliminen dichas sesiones a domicilio, sino que se incorporen a otra modalidad de prestación (módulo de rehabilitación) sin justificar la concreta significación patrimonial que subyace en su petición (Disidencia del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

No corresponde atender los agravios de la empresa de medicina prepaga demandada relacionados con el reconocimiento de las prestaciones biomédicas por parte de la alzada, pues constituyen una mera discrepancia con el criterio del juzgador, ineficaz para sustentar la arbitrariedad alegada, en tanto la alzada no ha omitido examinar las pruebas a que alude la recurrente, sino que las ha interpretado de manera diversa a las postuladas por la empresa (Disidencia del juez Rosatti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 8 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa B., M. A. y otros c/ (OSDE) Organización de Servicios Directos Empresarios s/ amparo ley 16.986", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto había hecho lugar a la acción de amparo entablada por M. A. B. y H. B. O., en representación de su hijo menor de edad V. J. O. B. –quien padece una discapacidad diagnosticada como trastorno generalizado del desarrollo con espectro autista– a fin de que OSDE (Organización de Servicios Directos Empresarios) le otorgara cobertura completa e integral sin limitaciones de: a) tratamiento interdisciplinario intensivo en domicilio de 72 horas mensuales (psicología, terapia ocupacional y psicopedagogía); b) integración escolar; c) tratamiento biomédico consistente en una dieta libre de gluten caseínas, oxalatos, conservantes y colorantes y en el suministro de probióticos, suplementos y productos de limpieza e higiene personal específicos provenientes de Estados Unidos; d) estudios de laboratorio a realizarse en el laboratorio "Great Plains" de Estados Unidos; e) terapia ocupacional por prestador directo de OSDE a realizarse en el Centro de Terapias de Desarrollo; y f) tratamiento intensivo del método fonoaudiológico PROMPT que realizó en la Provincia de La Rioja.

2°) Que para así decidir el tribunal de alzada tuvo en cuenta la severidad del cuadro de salud diagnosticado al menor, el certificado de discapacidad emitido por el Ministerio de Salud de la Nación y que la médica que lo atiende había recomendado el tratamiento interdisciplinario a domicilio, la integración escolar y la realización del módulo intensivo fonoaudiológico PROMPT. Asimismo, valoró que especialistas en psiquiatría y fitomedicina le habían prescripto el tratamiento biomédico ya indicado y que, si bien este tenía carácter experimental, el Departamento de Evaluación Técnica del Servicio de Alimentos Especiales de la ANMAT había informado que dicha práctica se usaba en casos de autismo y que las sustancias que ella requería se podrían importar como para uso compasivo con su correspondiente receta médica (v. fs. 557/565 de los autos principales a cuya foliatura se aludirá en lo sucesivo).

3°) Que contra dicho pronunciamiento la demandada dedujo el recurso extraordinario (fs. 568/587) cuya denegación origina la queja bajo examen. Sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad la apelante sostiene que los jueces de la causa se apartaron de lo dispuesto en la ley 24.901 y de la resolución 428/1999 del Ministerio de Salud de la Nación al ordenar la cobertura de terapias más allá de la carga horaria y los valores establecidos por las citadas normas. Asimismo, impugna la admisión del tratamiento biomédico respecto del cual sostiene que no debe hacerse cargo pues es experimental y no se encuentra en el P.M.O. Expresa que el *a quo* no valoró debidamente que el Cuerpo Médico Forense y la Academia Nacional de Medicina fueron contestes en afirmar que no existía evidencia de que el tratamiento prescripto al menor, basado en una dieta libre de gluten y caseína, resultara beneficioso para mitigar los efectos del trastorno de espectro autista que padece.

4°) Que las causales de arbitrariedad invocadas, en su mayoría, guardan vinculación inescindible con la alegada prescindencia o errónea aplicación de las disposiciones federales que rigen la materia involucrada en el caso por la que corresponde su examen en forma conjunta (Fallos: 323:2519; 327:5640; 330:2206; 341:1130; entre otros).

5°) Que es bien conocida la doctrina de esta Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, empero, también es criterio del Tribunal que en nuestro ordenamiento jurídico

tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 130:360; 172:21; 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 308:1631; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 316:188; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11, entre muchos otros).

6°) Que en ese marco es pertinente observar que el decreto 1193/98, al reglamentar la ley 24.901 (Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad), facultó al Ministerio de Salud y Acción Social y a la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas con Discapacidad a dictar las normas aclaratorias y complementarias que fueran necesarias (art. 1°).

En su virtud, el citado ministerio dictó la resolución 428/1999 que estableció el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, Normativa General y Niveles de Atención y Tratamiento, cuya constitucionalidad no ha sido objetada en autos.

7°) Que, en tales condiciones, los señalamientos de la apelante referidos a las limitaciones dispuestas por el decreto 1193/98 y la citada resolución 428/1999 encuentran adecuada respuesta en la doctrina emergente de los precedentes "V. I., R. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación" (Fallos: 340:1269) y "D. G., C. E. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación" (Fallos: 340:1995), a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad. La decisión apelada, pues, en este aspecto, ha de ser descalificada.

8°) Que, a su vez, en lo que hace al tratamiento biomédico prescripto al menor, dentro del limitado marco de conocimiento que ofrece la acción de amparo, cabe advertir que si bien es cierto que la ANMAT admitió que las personas con autismo pueden recibir tratamientos dietarios y biomédicos y que ciertos nutrientes y suplementos que en su consecuencia se prescriben podrían ser importados como para uso compasivo (v. fs. 326/328), no lo es menos que, la Superintendencia de Servicios de Salud del ministerio ya citado informó que el tratamiento requerido no se encuentra previsto en la ley 24.901 ni está incorporado al P.M.O. Además, sobre el particular, dicho organismo señaló que no había evidencia suficiente para respaldar el uso de: a) dietas específi-

cas como las libres de gluten o caseína; b) secretina, vitaminas, ácidos grasos, omega-3 y suplementos dietéticos; y c) inmunoterapia, quelantes y antimicótico; sin perjuicio de que algunos de los fármacos recetados pudieran estar incluidos en el Formulario Terapéutico del P.M.O.

La mencionada superintendencia indicó, también, que a partir de la evidencia disponible no era posible realizar recomendaciones al respecto y que los procedimientos diagnósticos o terapéuticos (incluyendo las terapias alternativas), que se encuentran en etapa experimental, no están contemplados en la normativa que rige para los agentes del seguro de salud y las entidades de medicina prepaga (v. fs. 296/304).

9º) Que, por su parte, la Academia Nacional de Medicina informó que el tratamiento biomédico consistente en suplementación dietaria, vitamínica, medicamentos prebióticos y minerales, se encuentra en etapa experimental y que las terapias que lo involucran, al momento actual, no tienen suficiente soporte científico para ser aplicados al espectro autista, los resultados son controversiales y no son recomendados por centros internacionales dedicados al autismo (v. fs. 340/341).

10) Que, a su vez, el Cuerpo Médico Forense, al dictaminar en autos, también ha sido elocuente con relación a la ausencia de demostración científica respecto de los supuestos beneficios de aquel tipo de tratamientos y que la revisión bibliográfica del tema aportaba más evidencia en contra que a favor de su utilidad. Aclaró que los niños con o sin trastornos del espectro autista tienden a manifestar cambios positivos a ciertas edades, sin que tengan necesaria relación con las dietas u otras terapias alternativas sino más bien con saltos madurativos (v. fs. 351/378).

En suma, habida cuenta del indudable carácter experimental del tratamiento biomédico reclamado y toda vez que el *a quo* ha soslayado que, conforme las constancias de la causa, la autoridad sanitaria no ha otorgado suficiente autorización para que los agentes de salud prescriban y apliquen las nuevas prácticas y tratamientos, corresponde descalificar el pronunciamiento recurrido en cuanto ha ordenado su cobertura (Fallos: 332:627).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas por su orden en atención a la naturaleza de

la cuestión debatida. Agréguese la queja al principal, reintégrese el depósito efectuado y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti (en disidencia).

Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Horacio Rosatti

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto había hecho lugar a la acción de amparo entablada por M. A. B. y H. B. O.,en representación de su hijo menor de edad V. J. O. B. -quien padece una discapacidad diagnosticada como trastorno generalizado del desarrollo con espectro autista-, y había condenado a OSDE (Organización de Servicios Directos Empresarios) a cubrir el 100% del tratamiento intensivo interdisciplinario que el menor necesita por su discapacidad, la integración escolar, la terapia ocupacional, fonoaudiología según el método PROMPT y estudios de laboratorio a realizarse en el exterior. Asimismo, reconoció el derecho del niño a recibir de su prepaga el tratamiento biomédico consistente en una dieta libre de gluten, caseínas, oxalatos, conservantes y colorantes, y en el suministro de probióticos, suplementos y productos de limpieza e higiene personal específicos, provenientes de Estados Unidos.

Para decidir de ese modo, hizo mérito de los tratados internacionales que protegen el derecho a la vida y a la salud, y realizó un profundo análisis de las disposiciones de la ley 24.901. Tuvo en cuenta la severidad del cuadro diagnosticado al menor, que lo encuadraba en las previsiones de la ley citada. Ponderó que su médica pediatra había recomendado la realización de un tratamiento interdisciplinario intensivo a domicilio -que tuvo que ser realizado por profesionales ajenos a OSDE- junto con terapia ocupacional e integración escolar. Recordó que para superar su trastorno de comunicación le ordenaron hacer

un módulo intensivo de fonoaudiología método PROMPT que fue realizado en La Rioja, y fue abonado íntegramente por sus progenitores en el año 2014. Destacó que fueron derivados a un especialista en bioabordaje del autismo que les indicó un tratamiento basado en una dieta libre de gluten, caseína y azúcar, que requería ser importada de los Estados Unidos, con resultado altamente positivo para la rehabilitación del menor. Evocó que la actora presentó reiteradas notas en la obra social para obtener la cobertura de los tratamientos requeridos sin obtener una respuesta favorable, lo cual, en definitiva, dio lugar al amparo.

Basada en dichos antecedentes fácticos y normativos, la cámara consideró que la decisión del juez de primera instancia era ajustada a derecho. A tal efecto, hizo mérito de que el magistrado se había fundado tanto en el singular estado de salud del menor como en las conclusiones del Cuerpo Médico Forense que había dictaminado que el tratamiento del niño debía seguir el derrotero fijado por los profesionales que lo atendían, por ser quienes mejor conocían sus respuestas terapéuticas conforme su patología de base.

Juzgó que los médicos que tratan al niño poseen una amplia libertad para escoger el método, técnica o medicamento que debe utilizarse para afrontar las dolencias y que tal prerrogativa queda limitada tan solo a una razonable discrecionalidad y consentimiento informado del paciente.

Rechazó los agravios de OSDE relacionados con el tratamiento biomédico que había sido aceptado por el juez de primera instancia. Entendió que aunque estuviera en etapa experimental, debía ser cubierto por la demandada. Hizo mérito del informe 200/2010 del Departamento de Evaluación Técnica del Servicio Alimentos Especiales del ANMAT, que daba cuenta de que los tratamientos recomendados e indiscutidos para el autismo y que habían demostrado ser eficaces en todo el mundo, eran -entre otros- los dietarios (alimentos libres de gluten, caseína, azúcares, conservantes, colorantes, oxalatos) y los biomédicos (detoxificación de organismo mercurio), anexando un detalle de los nutrientes necesarios y de las sustancias que ellos no deben contener, dejándose expresado que todos esos productos podrían importarse como para uso compasivo con su correspondiente receta médica.

Añadió que el dato general de que no se hayan encontrado -a criterio de la Academia Nacional de Medicina- evidencias concretas de cambios significativos en los niños que siguieron estas dietas, contrastaba con el caso en particular, en el que este tratamiento había redundado en una mejora significativa en la salud del menor.

Explicó que dicha circunstancia coincidía con las conclusiones del Cuerpo Médico Forense, que había referido que a pesar de la falta de evidencia científica, existían reportes de familias y asociaciones de padres de niños con trastornos de desarrollo, que daban cuenta de que una gran cantidad de menores se habían beneficiado con tales intervenciones.

Señaló que no era un dato menor que la ANMAT autorizara el uso compasivo de los productos aludidos. Ello porque esta excepción opera cuando no existe un tratamiento específico o cuando existe una terapia convencional pero el paciente no responde favorablemente a su aplicación, excepción en la que encuadraba el menor, que se encontraba incluido en el ámbito de aplicación de la resolución 840/1995 de ese organismo por padecer una enfermedad que lo incapacitaba en forma permanente y deterioraba su calidad de vida.

Hizo hincapié en que no obstaba a lo expresado que el tratamiento biomédico no estuviera previsto en el "Programa Médico Obligatorio", toda vez que este supone un conjunto de servicios de prestación forzosa que constituyen un piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto.

Por último, desestimó el planteo de la demandada atinente a la elección de los prestadores por parte de los padres del niño y al encuadramiento de ciertas prestaciones en el sistema de módulos de la resolución 428/1999. Ello por considerar, en primer lugar, que corresponde dar prevalencia a la situación de salud del niño, sin que pueda soslayarse la afectación física y emocional que puede provocar -tanto en él como en sus progenitores- el cambio del servicio de los profesionales y prestadores que han ganado su confianza, aspecto que es singularmente relevante para el éxito de la estrategia que habrá de emprenderse, y, en segundo lugar, porque la cuestión relativa al modo de hacer efectivos los reintegros remite a vicisitudes administrativas y presupuestarias que no pueden prevalecer ni desnaturalizar el bloque normativo que protege los derechos de las personas con discapacidad,

máxime cuando en la interpretación de las cláusulas de un contrato privado de prestación médica debe darse preeminencia a aquella que favorezca la protección del derecho a obtener una adecuada y oportuna asistencia sanitaria.

2°) Que contra dicho pronunciamiento, la demandada dedujo el recurso extraordinario cuya denegación origina la queja bajo examen. Sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, la apelante objeta que la cámara haya avalado la elección de profesionales médicos que se encuentran fuera de la cartilla médica y que le haya ordenado reintegrar el 100% de los honorarios de dichos especialistas. Cuestiona que se hayan autorizado prestaciones de apoyo al niño en exceso de las 10 horas semanales previstas en la resolución 428/1999 del Ministerio de Salud de la Nación. Asimismo, impugna la admisión del tratamiento biomédico pues sostiene que es experimental y no se encuentra en el Programa Médico Obligatorio.

3°) Que los agravios del apelante remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal, propias de los jueces de la causa y ajenas -como regla y por su naturaleza- a la vía del art. 14 de la ley 48, máxime cuando la decisión se basa en fundamentos suficientes de igual carácter que bastan para sustentarla (Fallos: 305:72, 167 y 414, entre muchos otros).

En efecto, la demandada reconoce que el art. 39, inciso a, de la ley 24.901 prevé que los entes de salud deben cubrir la atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, empero señala -sin ahondar en demasiadas consideraciones- que en autos no se encuentra probado que el niño debía ser atendido en forma imprescindible por profesionales ajenos a su sistema de salud (fs. 30 vta. de la queja). De tal modo, la cuestión planteada queda reducida a la plataforma fáctica del caso, que ha sido apreciada por el *a quo* de un modo verosímil.

Por otro lado, aduce que los actores limitaron su reclamo de cobertura a los valores de la resolución 428/1999, y los jueces le han otorgado un derecho más extenso que el pretendido en el amparo, apartándose de dicha norma, que resulta aplicable al caso. Tal aseveración no guarda relación con el modo en que quedó trabada la contienda, en la que se demandó el pago del 100% de las prestaciones requeridas por

el menor (fs. 81, 82 vta. y 90 de los autos principales) y la accionada se opuso a que fuera aplicado otro valor a los servicios fuera de cartilla requeridos por el niño, que no sea el pactado en el plan al que voluntariamente adhirieron sus padres (ver fs. 200 vta. de los autos principales), posición que fue mantenida al expresar agravios ante la alzada.

En efecto, al presentar el informe del art. 8° de la ley 16.986, la demandada señaló que, en materia de reintegros de gastos de salud, OSDE no estaba obligada a respetar los aranceles de la resolución 428/1999, sino que solo debía abonar aquello que figurara en el plan de los actores, en este caso el plan 310 y -en la actualidad- el 410. De ahí que el agravio que introduce recién ante esta instancia resulta inadmisible por ser contrario a la posición mantenida durante todo el juicio y por ser el fruto de una reflexión tardía, que intenta reabrir un debate que quedó clausurado en etapas anteriores del proceso.

Los planteos que objetan la obligación de solventar prestaciones domiciliarias que exceden las autorizadas en el citado nomenclador de la resolución 428/1999, tampoco pueden prosperar. OSDE no demuestra el perjuicio concreto que dicha decisión le ha causado, pues no pretende que se eliminen dichas sesiones a domicilio, sino que se incorporen a otra modalidad de prestación (módulo de rehabilitación) sin justificar la concreta significación patrimonial que subyace en su petición.

Por último, no corresponde atender los agravios relacionados con el reconocimiento de las prestaciones biomédicas por parte de la alzada, pues constituyen una mera discrepancia con el criterio del juzgador, ineficaz para sustentar la arbitrariedad alegada (Fallos: 340:1542 y 341:883, disidencia del juez Rosatti). En efecto, la alzada no ha omitido examinar las pruebas a que alude la recurrente, sino que las ha interpretado de manera diversa a las postuladas por la empresa de medicina prepaga.

Por ello, se desestima la queja. Se da por perdido el depósito de fs. 2, notifíquese y previa devolución de los autos principales, archívese.

HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por **Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE)**, representada por la **Dra. Lilian E. Roggero**.

Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.**
Tribunal que intervino con anterioridad**: Juzgado Federal de Quilmes.**

COUTINHO, MARÍA INÉS c/ ANSeS s/ Reajustes varios.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes al recurso extraordinario.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Toda vez que mientras la causa se encontraba a estudio de la Corte, la actora presentó un escrito haciendo saber que la ANSeS había dispuesto la reliquidación de su haber jubilatorio dado cumplimiento a la sentencia dictada por la alzada, sin que surja que el organismo haya hecho reserva de continuar con el trámite de la apelación ante la Corte, ni manifestar condicionamiento alguno para el pago de la jubilación y no se ha decretado ni trabado embargo, de modo que el pago no ha sido consecuencia de una ejecución forzada, corresponde entender que la señalada conducta procesal de la ANSeS importa una renuncia o desistimiento tácito de su recurso federal y vuelve inoficioso todo pronunciamiento al respecto.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de abril de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Coutinho, María Inés c/ ANSeS s/ reajustes varios”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que según conocida jurisprudencia del Tribunal sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes al recurso extraordinario (Fallos: 310:819; 316:3130; 324:3948, entre muchos otros).

2°) Que, desde esa perspectiva, corresponde señalar que, encontrándose el expediente a estudio de la Corte, la actora presentó un escrito haciendo saber que la ANSeS, mediante resolución dictada en septiembre de 2019, había dispuesto la reliquidación de su haber jubilatorio teniendo en cuenta el cargo de Defensora Pública de Menores e Incapaces de 2da. instancia, pago que hizo efectivo con los haberes del mes de noviembre de ese año.

3°) Que con la emisión de dicho acto la demandada ha dado cumplimiento a la sentencia dictada por la alzada, sin que surja que el organismo haya hecho reserva de continuar con el trámite de la apelación ante esta Corte ni manifestar condicionamiento alguno para el pago de la jubilación conforme a dicho cargo.

4°) Que en autos no se ha decretado ni trabado embargo, de modo que el pago no ha sido consecuencia de una ejecución forzada. La ANSeS tampoco ha formulado observación alguna respecto de lo denunciado por la actora al corrérsele traslado (fs. 46/46 vta. de la queja).

5°) Que en tales términos, la señalada conducta procesal de la ANSeS importa una renuncia o desistimiento tácito de su recurso federal y vuelve inoficioso todo pronunciamiento al respecto (Fallos: 297:40; 311:2744 y 339:727, entre muchos otros).

Por ello, se desestima la queja. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por la **Administración Nacional de la Seguridad Social,** representada por la **Dra. María Cecilia Kofler.**

Tribunal de origen: **Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Socia**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social nº 9.**

DE LA FUENTE, ALEJANDRO DAMIÁN c/ QBE ARGENTINA ART S.A. y Otro s/ Accidente – ley especial

SENTENCIA ARBITRARIA

Si bien el recurso extraordinario no tiene por objeto revisar la interpretación de hechos o normas de derecho común efectuada por los jueces de la causa, no es menos cierto que corresponde hacer excepción a tal criterio cuando la decisión impugnada incurre en arbitrariedad con agravio a derechos y garantías constitucionales, como el de debido proceso, defensa en juicio y propiedad, denunciados expresamente por la demandada, al no atender debidamente las constancias de la causa, ni las normas aplicables que resultaban conducentes a una solución ajustada del litigio.

SENTENCIA

Constituye condición de validez de los pronunciamientos judiciales que éstos sean razonablemente fundados, exigencia que, como es evidente, trasciende el plano procesal, pues, no solo tiene por finalidad garantizar el examen por parte de los justiciables de la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto que ha realizado el sentenciante, sino también, desde una perspectiva constitucional, hacer posible un control democrático por parte de la sociedad sobre el ejercicio del poder jurisdiccional.

ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO

Es arbitraria la sentencia que condenó a la ART por los daños y perjuicios sufridos por un trabajador que fue embestido por un taxímetro mientras realizaba tareas para su empleador conduciendo en la vía pública una motocicleta de su propiedad, pues no se explica de qué modo alguna actividad positiva de prevención por parte de esa compañía hu-

biese evitado el accidente de tránsito que repercutió negativamente en la integridad del trabajador, en tanto si bien, no existe razón para poner a una aseguradora de riesgos del trabajo al margen del régimen de la responsabilidad civil, no lo es menos que, en el caso, las omisiones que le pudieran imputar a la apelante no guardan relación de causalidad adecuada con el accidente sufrido por el trabajador, máxime cuando la propia actora otorgó al suceso el carácter de repentino y lo atribuyó al accionar de un automóvil que no pudo ser identificado.

ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO

Las medidas tendientes al mejoramiento de la circulación vial a los efectos de su mayor seguridad constituyen una competencia propia y específica de la autoridad estatal y, por ende, resultan ajenas, en principio, a las funciones concretas de prevención y control que la ley impone a las aseguradoras de riesgos del trabajo.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa De la Fuente, Alejandro Damián c/ Qbe Argentina ART S.A. y otro s/ accidente – ley especial", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al modificar la sentencia de la anterior instancia, condenó a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART) por los daños y perjuicios sufridos por un trabajador que fue embestido por un taxímetro mientras realizaba tareas para su empleador conduciendo en la vía pública una motocicleta de su propiedad.

Para así decidir el *a quo* consideró que "la aseguradora no puede desligarse de la responsabilidad concurrente que emerge de la situación producida, esto desde la perspectiva que dimana del deber de seguridad y prevención contenido en los arts. 75 inc. 2 LCT y 4° 1, 31 a y

c de la LRT; porque prima aquí el respeto a la integridad psicofísica del trabajador por lo que, ocurrido un siniestro, se presume que medió incumplimiento de la obligación, y el empleador y su aseguradora responden civilmente por el daño sufrido por el trabajador…" (fs. 312/313 de los autos principales a los que se aludirá en lo sucesivo).

2°) Que, contra esta decisión la ART interpuso el recurso extraordinario federal (fs. 317/334) cuya denegación dio lugar a la presentación de la queja en examen (fs. 76/80 vta. del cuaderno respectivo).

La apelante atribuye arbitrariedad a la sentencia pues sostiene que no resulta derivación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos comprobados de la causa. Manifiesta que no corresponde la atribución de responsabilidad civil por incumplimiento de sus deberes de seguridad en la medida en que no existe una relación causal entre el daño y su accionar. En tal sentido, señala que el perjuicio se produjo en la vía pública por el hecho de un tercero por quien no debe responder y que ningún obrar suyo de prevención hubiese impedido la producción del infortunio.

Por otro lado, se agravia de la omisión de aplicar la ley 26.773 en tanto, en su artículo 4°, impone la competencia de la justicia civil de la Capital Federal para conocer de una demanda basada en esa rama del derecho. Asimismo, cuestiona la presentación de un reclamo supletorio con base en la Ley de Riesgos del Trabajo contraviniendo, de este modo, lo establecido en la norma citada.

3°) Que si bien el recurso extraordinario no tiene por objeto revisar la interpretación de hechos o normas de derecho común efectuada por los jueces de la causa, no es menos cierto que corresponde hacer excepción a tal criterio cuando la decisión impugnada incurre en arbitrariedad con agravio a derechos y garantías constitucionales, como el de debido proceso, defensa en juicio y propiedad, denunciados expresamente por la demandada, al no atender debidamente las constancias de la causa, ni las normas aplicables que resultaban conducentes a una solución ajustada del litigio. En este orden, constituye condición de validez de los pronunciamientos judiciales que éstos sean razonablemente fundados (conf. Fallos: 318:189; 319:2264 entre otros), exigencia que, como es evidente, trasciende el plano procesal, pues, no solo tiene por finalidad garantizar el examen por parte de los justiciables de la interpretación y

aplicación del derecho al caso concreto que ha realizado el sentenciante, sino también, desde una perspectiva constitucional, hacer posible un control democrático por parte de la sociedad sobre el ejercicio del poder jurisdiccional (Fallos: 342:1261).

4º) Que el fallo recurrido adolece del vicio precedentemente señalado. En efecto, carece de razonabilidad el reproche efectuado a la ART por el *a quo* pues no se explica de qué modo alguna actividad positiva de prevención por parte de esa compañía hubiese evitado el accidente de tránsito que repercutió negativamente en la integridad del trabajador. Si bien, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, no existe razón para poner a una aseguradora de riesgos del trabajo al margen del régimen de la responsabilidad civil (Fallos: 332:709; 334:573, entre otros), no lo es menos que, en el caso, las omisiones que le pudieran imputar a la apelante no guardan relación de causalidad adecuada con el accidente sufrido por el trabajador, máxime cuando la propia actora otorgó al suceso el carácter de repentino y lo atribuyó al accionar de un automóvil que no pudo ser identificado (fs. 5vta.). En razón de ello, queda descartado el presupuesto normativo en que se sustentó la sentencia recurrida (art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Es pertinente agregar que las medidas tendientes al mejoramiento de la circulación vial a los efectos de su mayor seguridad constituyen una competencia propia y específica de la autoridad estatal y, por ende, resultan ajenas, en principio, a las funciones concretas de prevención y control que la ley impone a las aseguradoras de riesgos del trabajo.

En las condiciones expuestas corresponde descalificar la decisión recurrida ya que ha quedado demostrada la relación directa entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas. En consecuencia, corresponde dejar sin efecto el fallo apelado, lo que torna innecesario el tratamiento de las demás cuestiones traídas a conocimiento del Tribunal, las que deberán ser objeto de examen en el nuevo pronunciamiento que se dicte.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corres-

ponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Reintégrese el depósito obrante a fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz (según su voto)– Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti.

Voto del Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz

Considerando:

Que los antecedentes de la causa están adecuadamente reseñados en los considerandos 1° y 2° del voto de la mayoría, a los que se remite en razón de brevedad.

3°) Que si bien el recurso extraordinario no tiene por objeto revisar la interpretación de hechos o normas de derecho común efectuada por los jueces de la causa, no es menos cierto que corresponde hacer excepción a tal criterio cuando la decisión impugnada incurre en arbitrariedad con agravio a derechos y garantías constitucionales, como el de debido proceso, defensa en juicio y propiedad, denunciados expresamente por la demandada, al no atender debidamente las constancias de la causa, ni las normas aplicables que resultaban conducentes a una solución ajustada del litigio. En este orden, constituye condición de validez de los pronunciamientos judiciales que éstos sean fundados (conf. Fallos: 318:189; 319:2264 entre otros), exigencia que no se orienta exclusivamente a contribuir al mantenimiento del prestigio de la magistratura sino que procura la exclusión de decisiones irregulares.

4°) Que el fallo recurrido adolece del vicio precedentemente señalado. En efecto, carece de razonabilidad el reproche efectuado a la ART por el *a quo* pues no se explica de qué modo alguna actividad positiva de prevención por parte de esa compañía hubiese evitado el accidente de tránsito que repercutió negativamente en la integridad del trabajador. Si bien, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, no existe razón para poner a una aseguradora de riesgos del trabajo al margen del régimen de la responsabilidad civil (Fallos: 332:709; 334:573, entre otros), no lo es menos que, en el caso, las omisiones que

se le pudieran imputar a la apelante no aparecen como determinantes de la producción de un accidente sufrido por el trabajador en la vía pública, máxime cuando la propia actora otorgó al suceso el carácter de repentino y lo atribuyó al accionar de un automóvil que no pudo ser identificado (fs. 5 vta.). En razón de ello, queda descartado el presupuesto normativo en que se sustentó la sentencia recurrida (art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Es pertinente agregar que las medidas tendientes al mejoramiento de la circulación vial a los efectos de su mayor seguridad constituyen una competencia propia y específica de la autoridad estatal y, por ende, resultan ajenas, en principio, a las funciones concretas de prevención y control que la ley impone a las aseguradoras de riesgos del trabajo.

En las condiciones expuestas corresponde descalificar la decisión recurrida ya que ha quedado demostrada la relación directa entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas. En consecuencia, corresponde dejar sin efecto el fallo apelado, lo que torna innecesario el tratamiento de las demás cuestiones traídas a conocimiento del Tribunal, las que deberán ser objeto de examen en el nuevo pronunciamiento que se dicte.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Reintégrese el depósito obrante a fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso de queja interpuesto por **Experta S.A. (ex Qbe S.A.)**, **Aseguradora de Riesgos del Trabajo, demandada en autos**, representada por el **Dr. Jorge Gustavo Traversoni.**

Tribunal de origen: **Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 66.**

N.N. s/ Supresión del est. civ. de un menor (art. 139 inc. 2) – según texto original del C.P. ley 11.179

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean posteriores a la interposición del recurso extraordinario, de modo que, si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, el pronunciamiento de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir.

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

CUESTIONES PROCESALES

Las normas procesales, al ser de orden público, se aplican de inmediato a las causas pendientes.

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

SUSPENSION DEL TRAMITE

Toda vez que la eventual aplicación al caso de la nueva norma procesal sobre el derecho de la víctima a examinar las actuaciones – ley 27.372- que no pudo ser tenida en cuenta por los jueces de las instancias precedentes, podría tomar abstracto un pronunciamiento de la Corte sobre el planteo de la recurrente, corresponde suspender el trámite de la queja y disponer que el a quo emita una nueva resolución acerca de aquel planteo, en la que tenga en cuenta la normativa actualmente vigente.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal declaró inadmisible el recurso de su especialidad interpuesto por la presunta damnificada M N T , contra la resolución de la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, que confirmó la decisión del juez de instrucción de denegarle su pedido de examinar las actuaciones de la causa y obtener fotocopias (fs. 109/111).

T dedujo entonces recurso extraordinario (fs. 81/96 vta.), cuyo rechazo (fs. 97) motivó la presente queja (fs. 10/25).

-II-

La recurrente pretende una decisión de la Corte que reconozca su derecho a tomar vista de las actuaciones y obtener fotocopias de un dictamen del Cuerpo Médico Forense, realizado por orden del juez de instrucción, sobre su estado de salud mental (Cf. fs. 15/25 y 87/96 vta.).

Ese juez rechazó el planteo de la presunta víctima con el argumento de que ella no es parte en el proceso, y accedió únicamente a informarle, sucintamente, el resultado del dictamen mencionado (fs. 38). Luego, también rechazó, con base en el mismo argumento, el recurso de reposición y apelación en subsidio interpuesto por Tarducci, aunque señaló que, al reconocerle aquel carácter, siempre mantuvo con ella una "instancia de diálogo, informándole en reiteradas ocasiones el objeto de la investigación y estado de las actuaciones, conforme las previsiones establecidas en los artículos 79 y 80 del código ritual" (fs. 40/42). Ese temperamento fue confirmado por la cámara de apelaciones (fs. 50/54) y recurrido por T , lo que motivó la intervención del *a quo*, el que afirmó que la decisión de aquella cámara no era una sentencia definitiva ni resolución equiparable a tal, además de que la recurrente tampoco había refutado sus fundamentos, por lo que correspondía declarar inadmisible el recurso de casación interpuesto (fs. 109/111). La misma suerte corrió el recurso federal deducido por la interesada (fs. 97).

Varios meses después de esa decisión del *a quo*, cuando la queja ya se encontraba a estudio de la Corte, entró en vigencia la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (nº 27.372), la que refor-

mó el artículo 80 del Código Procesal Penal de la Nación, al introducir, entre otros, el derecho de la presunta víctima a "examinar documentos y actuaciones" (Cf., en particular, letra "b" del artículo citado).

De acuerdo con una tradicional jurisprudencia de V.E. sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean posteriores a la interposición del recurso extraordinario, de modo que si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la *litis*, el pronunciamiento de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (conf. Fallos: 325:28; 331:2628; 338:706; 339:349, 676, 1478). Por otro lado, es doctrina del Tribunal que las normas procesales, al ser de orden público, se aplican de inmediato a las causas pendientes (Fallos: 321:1865, 327:3984 y 5496, entre muchos otros).

Pues bien, la eventual aplicación al *sub examine* de la nueva norma procesal sobre el derecho de la víctima a examinar las actuaciones, que no pudo ser tenida en cuenta por los jueces de las instancias precedentes, podría tomar abstracto un pronunciamiento de la Corte sobre el planteo de la recurrente.

En consecuencia, estimo que corresponde suspender el trámite de la presente queja y disponer que el *a quo* emita una nueva resolución acerca de aquel planteo, en la que tenga en cuenta la normativa actualmente vigente, con oportuna notificación al Tribunal. Buenos Aires, 25 de marzo de 2019. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por M. N. T. de B. en la causa N.N. s/ supresión del est. civ. de un menor (art. 139 inc. 2) – según texto original del C.P. ley 11.179", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados por el señor Procurador General

de la Nación interino a fs. 128/129, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, concordemente con lo expresado, se resuelve suspender el trámite de la presente queja hasta la resolución definitiva que se adopte, por quien corresponda, con relación a la aplicación en el caso de la ley 27.372. Hágase saber al tribunal de origen que deberá comunicar a esta Corte la decisión que se tome sobre el punto. Notifíquese y devuélvase el principal, previa agregación de una copia de lo aquí dispuesto.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por **M. N. T. de B.**, representada por la **Dra. María Victoria Zarabozo Mila.**

Tribunal de origen: **Sala III, Cámara Federal de Casación Penal.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Cámara Federal de Apelaciones de La Plata.**

GRINDETTI, NÉSTOR OSVALDO c/ EDESUR S.A. y OTRO s/ AMPARO COLECTIVO

LEGITIMACION

La legitimación es un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional y del artículo 2° de la ley 27, es por ello que la Corte ha comprobado de oficio la concurrencia de los elementos constitutivos del caso judicial, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia.

LEGITIMACION

Si la Corte -o cualquier otro tribunal nacional- interviniese en asuntos donde el peticionario carece de legitimación se transgrediría el severo

límite al Poder Judicial que surge del artículo 116 de la Constitución y que es propio del esquema de división de poderes.

LEGITIMACION

La limitación vinculada a que la Corte o cualquier tribunal puedan intervenir en asuntos donde el peticionario carece de legitimación es particularmente aplicable a un proceso como el de autos – acción de amparo iniciada por un intendente contra la empresa distribuidora de energía a fin de que se garantice cautelarmente la continuidad del servicio que ésta presta-, pues admitir una medida cautelar por quien carece ostensiblemente de legitimación deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares.

ESTADO NACIONAL

Los actos y omisiones del gobierno federal -o de quienes prestan un servicio público por delegación de él- son cuestionables bajo las reglas fijadas en la Constitución Nacional y en las leyes que dicte el Congreso de la Nación y estas reglas son las que determinan la competencia de los tribunales federales que habrán de conocer en esas causas, los procedimientos que deben seguirse, la capacidad para estar en juicio de las partes y el modo de configurarse las controversias.

LEGITIMACION

El artículo 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional solo reconoce legitimación anómala o extraordinaria para intervenir en el proceso en defensa de derechos de incidencia colectiva al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a los fines indicados en la norma y no habilita la actuación de las autoridades locales —provinciales o municipales— para interponer acciones judiciales en defensa de derechos de esta naturaleza.

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La ley 24.240 legitima a las autoridades locales de aplicación para accionar judicialmente (artículo 52) pero establece específicamente que esas autoridades son las provincias y la Ciudad de Buenos Aires (artículo 42); es claro, por lo tanto, que dicha ley no reconoce como legitimados anómalos para la defensa colectiva de los derechos de los usuarios residenciales que habitan en el municipio a ningún organismo municipal.

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La legislación local invocada en la demanda – art. 26 del Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (ley 13.133 de la Provincia de Buenos Aires)- no puede ampliar la legitimación colectiva fijada en las normas nacionales para litigar ante la justicia federal en defensa de los derechos de terceras personas.

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El artículo 26 de la ley 13.133 de la Provincia de Buenos Aires , que reconoce legitimación a los municipios a través de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC) en cuestiones de defensa del consumidor, solo podría justificar la legitimación colectiva del actor - intendente - para accionar en la jurisdicción provincial.

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Si bien el art. 43 de la Constitución Nacional admite la posibilidad de que el propio afectado interponga una acción colectiva en defensa de intereses individuales de otras personas, para ello, es necesario, entre otros recaudos, que el afectado que invoca la representación anómala esté en una situación similar a la del resto de las personas alcanzadas por su acción.

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El intendente carece de legitimación para promover una acción de amparo contra la empresa distribuidora de energía y el Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica a fin de que se ordene una medida cautelar para garantizar la continuidad del servicio que presta la empresa, pues la presentación inicial no explica de qué modo la situación del municipio guarda algún grado de homogeneidad con la del resto de los integrantes del colectivo cuya representación invoca.

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El intendente carece de legitimación para promover una acción de amparo contra la empresa distribuidora de energía y el Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica a fin de que se ordene una medida cautelar para garantizar la continuidad del servicio que presta la empresa, pues no se advierte que exista una clase homogénea que agrupe al municipio y a los usuarios residenciales del partido, lo que impide reconocer la legitimación colectiva invocada por el actor aun cuando el municipio pudiera ser considerado un sujeto afectado en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.

ACCIONES COLECTIVAS

La admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad y exige que, de manera previa a su inscripción, los tribunales verifiquen si la acción fue promovida como colectiva, dicten la resolución que declare formalmente admisible la acción, identifiquen en forma precisa el grupo o colectivo involucrado en el caso, reconozcan la idoneidad del representante y establezcan el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio.

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El carácter de intendente y la afectación del servicio en dependencias municipales invocados por el actor son insuficientes para representar a los habitantes del partido afectados por los cortes de suministro de energía ante los tribunales federales; ello, sin perjuicio de la nueva si-

tuación jurídica que podría suscitarse en casos ulteriores cuando se concrete la transferencia de la empresa demandada a la jurisdicción provincial ordenada por el artículo 124 de la ley 27.467.

ACCIONES COLECTIVAS

Corresponde revocar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo promovida por un intendente contra la empresa de distribución de energía eléctrica y el entre regulador a fin de que se garantice la continuidad del servicio, pues los tribunales intervinientes no examinaron el cumplimiento de los recaudos de la acción colectiva ni dictaron la resolución de certificación exigida en las acordadas de la Corte (artículo 3° de la acordada 32/2014 y artículos V y VIII de la acordada 12/2016), sino que se limitaron a otorgar -sin dar fundamentos para ello- una medida con efectos erga omnes dentro del municipio.

ACCIONES COLECTIVAS

Corresponde revocar la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo promovida por un intendente contra la empresa de distribución de energía eléctrica y el ente regulador a fin de que se garantice la continuidad del servicio, pues de ninguno de los pronunciamientos dictados en el expediente surge con claridad la identificación del colectivo involucrado en el caso, ni la individualización de los requisitos tenidos en cuenta para considerar que el actor es representante adecuado de los intereses de los usuarios del municipio, como tampoco se estableció un procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todos aquellos que podrían tener un interés en el resultado del litigio o bien que quisieran no ser alcanzados por la sentencia.

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

De la ampliación de los sujetos legitimados según la modificación del texto constitucional (art. 43, segundo párrafo), 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.

-Del dictamen de la Procuración General al que el voto del juez Maqueda remite-

LEGITIMACION

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 de un determinado proceso- está dada por la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito.

-Del dictamen de la Procuración General al que el voto del juez Maqueda remite-

ACCIONES COLECTIVAS

El ordenamiento jurídico contempla casos de legitimación anómala o extraordinaria que se caracterizan por la circunstancia de que resultan habilitadas para intervenir en el proceso, como partes legítimas, personas ajenas a la relación jurídica sustancial en el que aquél se controvierte; en estos casos se produce una disociación entre los sujetos legitimados para demandar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial.

-Del dictamen de la Procuración General al que el voto del juez Maqueda remite-

ACCIONES COLECTIVAS

El intendente carece de legitimación para promover una acción de amparo contra la empresa distribuidora de energía y el Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica por la cual se solicitó cautelarmente que se garantice la continuidad del servicio, pues la invocación de los intereses de los habitantes del municipio que el actor dice defender no autoriza la intervención de las autoridades locales en los términos del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, en tanto no resultan legitimadas activas de acuerdo con el texto constitucional citado que sólo menciona al afectado, al Defensor del Pueblo, y a las asociaciones que propenden a los fines indicados en la norma, sin que pueda considerarse que las provincias, sus gobiernos -o los municipios, constituyan una organización no gubernamental o una asociación intermedia de esa naturaleza.

-Del dictamen de la Procuración General al que el voto del juez Maqueda remite-

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El intendente carece de legitimación para promover una acción de amparo contra la empresa distribuidora de energía y el Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica por la cual se solicitó cautelarmente que se garantice la continuidad del servicio, pues si bien aduce que acciona por derecho propio al encontrarse afectado el servicio de energía eléctrica en las dependencias a su cargo y en la vía pública del Municipio, en su presentación inicial, antes que alegar y demostrar los perjuicios concretos que las interrupciones del servicio acarrearían al establecimiento municipal, pretende proteger una supuesta afectación de los intereses de los ciudadanos, circunstancia que descarta la posibilidad de que se trate de un interés directo del actor que la transforme en parte sustancial.

-Del dictamen de la Procuración General al que el voto del juez Maqueda remite-

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El intendente carece de legitimación para promover una acción de amparo contra la empresa distribuidora de energía y el Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica por la cual se solicitó cautelarmente que se garantice la continuidad del servicio, pues el debate gira en torno a un eventual incumplimiento del contrato de concesión y del marco regulatorio de energia eléctrica suscripto y dictado por autoridades nacionales sobre una cuestión de orden federal, que excede, en principio, la normal competencia del municipio de velar por la administración de los bienes locales.

-Del dictamen de la Procuración General al que el voto del juez Maqueda remite-

RECURSO EXTRAORDINARIO

Previo a resolver los agravios planteados en el recurso extraordinario interpuesto, debe analizarse si se encuentran configurados los elementos constitutivos del caso o causa judicial; este examen liminar puede ser llevado a cabo de oficio por la Corte, toda vez que la ausencia o desaparición de un caso extingue la potestad de juzgar y no ha de ser suplida por la conformidad de las partes o el consentimiento de la sentencia (Disidencia del juez Rosatti).

CASO O CONTROVERSIA

La verificación, que exige el artículo 116 de la Constitución Nacional, en cuanto llama a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores a intervenir en el conocimiento y decisión de causas, y el artículo 2° de la ley 27, procura resguardar el equilibrado y efectivo ejercicio de la función jurisdiccional (Disidencia del juez Rosatti).

CASO O CONTROVERSIA

El control encomendado al Poder Judicial sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito de la existencia de un caso sea observado rigurosamente, no para eludir cuestiones de repercusión pública, sino para asegurar la preservación del principio de división de poderes, que excluye al Poder Judicial de la atribución de expedirse en forma general sobre la validez de las normas emitidas por los otros departamentos de gobierno (Disidencia del juez Rosatti).

LEGITIMACION ACTIVA

Ningún sujeto se encuentra genéricamente habilitado para intervenir en cualquier causa más allá de su objeto, sino que tendrá o no legitimación activa según su relación con la pretensión que se introduce, es decir, con el interés que se denuncia como afectado y para el cual se requiere protección judicial (Disidencia del juez Rosatti).

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El carácter de intendente, por sí mismo, resulta insuficiente para representar derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos de los ciudadanos del municipio ante los tribunales federales; los poderes que los ordenamientos provinciales y municipales le confieren no alteran el texto del artículo 43 de la Constitución Nacional que, en su letra, ha individualizado a los sujetos habilitados para accionar en defensa de esos derechos (Disidencia del juez Rosatti).

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El intendente, como titular del departamento ejecutivo municipal, invocando su calidad de afectado tiene legitimación para promover una acción de amparo contra la empresa de distribución de energía eléctrica y el Ente Regulador de la Energía Eléctrica a fin de que se garantice la continuidad del servicio, pues su atribución no puede quedar limitada a la habilitación para presentarse ante los tribunales provinciales, en tanto implicaría vedar al municipio la posibilidad de hacer valer sus intereses, por medio del Intendente, ante conflictos con el Gobierno Federal -o entidades que actúen en su nombre en la órbita federal-, que son dirimidas ante tribunales del mismo carácter (Disidencia del juez Rosatti).

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Resulta inoficioso pronunciarse respecto del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo iniciada por un intendente contra la empresa distribuidora de energía a fin de que se garantice el mantenimiento del servicio, si las circunstancias valoradas por el a quo para confirmar la medida cautelar decretada en primera instancia se han modificado notoriamente, y se encuentra pendiente de resolución un hecho nuevo planteado, que podría tener incidencia en la procedencia de los agravios esgrimidos por la recurrente (Disidencia del juez Rosatti).

PRONUNCIAMIENTO INOFICIOSO

Resulta inoficioso pronunciarse respecto del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo iniciada por un intendente contra la empresa distribuidora de energía a fin de que se garantice el mantenimiento del servicio, pues a más de cuatro años del pronunciamiento impugnado, se pone de manifiesto que el recurso extraordinario se encuentra huérfano de un gravamen actual y concreto que habilite a la Corte a expedirse en la medida cautela, máxime si se tiene en cuenta que en las actuaciones principales tomó intervención el ente regulador, haciendo valer sus competencias específicas (Disidencia del juez Rosatti).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 332/335 del expediente principal (a cuya foliatura me remitiré en adelante), la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (Sala II), en una demanda promovida por el Intendente Municipal de Lanús, confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior que hizo lugar a la medida cautelar planteada por aquél en representación de los usuarios de energía eléctrica del municipio y por su propio derecho, ordenando a Empresa Distribuidora Sur S.A. (EDESUR S.A.) al inmediato restablecimiento del servicio eléctrico en el ámbito de dicha Municipalidad y a mantenerlo en forma ininterrumpida, bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias y de efectuar la correspondiente denuncia penal.

Para así decidir, los magistrados adujeron, como un hecho de conocimiento público, que en todo el país se registran cortes en él suministro de energía eléctrica y que en el caso particular del municipio tales hechos estaban acreditados con la prueba aportada por el actor. Aclararon que el objeto de la medida cautelar solicitada no se refiere a cortes imprevistos o momentáneos para la reparación del servicio, sino a aquellas interrupciones que amenazan derechos esenciales de las personas por su prolongación en el tiempo (art. 42 de la Constitución Nacional).

Expresaron que, tratándose el suministro de energía eléctrica de un servicio público, debe asegurarse al usuario su continuidad, regularidad, igualdad y generalidad, y que la interrupción de aquél afecta a los pobladores del municipio en sus derechos esenciales, como la vida, la salud, la seguridad y el trabajo.

En tales condiciones, y sin perjuicio de las medidas citadas inicialmente dispusieron, ante eventuales cortes que pudieran producirse, que la empresa distribuidora devolviera los porcentajes de las tarifas correspondientes a los días de corte de servicio -que los usuarios deberían perseguir por las vías correspondientes- y reparar los daños causados.

Además ordenaron que, de modo preventivo y sin renuncia a derecho alguno, las partes acordaran un protocolo de actuación en caso de reiterarse las interrupciones que garantizara, de parte de EDESUR S.A., la provisión de agua potable si fuere necesaria y la utilización de

grupos electrógenos alternativos que de modo eficaz y rápido satisficieran las necesidades de la población del municipio, especialmente de grupos vulnerables, niños, ancianos y enfermos.

-II-

Disconforme, EDESUR S.A. interpuso recurso extraordinario de f s. 336/345, el que denegado a fs. 360 da lugar a la presente queja.

Se agravia, en síntesis, porque: (i) el fallo ha devenido abstracto, ya que el suministro eléctrico en el municipio se está brindando debidamente; (ii) la cautelar fue dictada sin existir verosimilitud en el derecho, pues el servicio público se presta respetando el marco regulatorio de energía eléctrica - comprensivo del Reglamento de Suministro (res. SEE 168/92), el contrato de concesión (decretos 714/92 y 1959/06), la ley 24.065 y su decreto reglamentario- el cual prevé la posibilidad de suspensiones de servicio, por tal motivo , garantizar el mantenimiento ininterrumpido de la provisión de energía es un despropósito carente de fundamento; (iii) la sentencia soslaya que el sector energético está atravesando una situación crítica, tal como da cuenta el decreto 134/15; (iv) no se ha acreditado el recaudo de peligro en la demora, toda vez que no se ha demostrado certeramente el registro de los cortes masivos del servicio sino que, antes bien, este último se presta normal, regular e ininterrumpidamente y (v) el fallo es arbitrario por haberse incurrido en incongruencia, al ordenar a las partes acordar un protocolo de actuación; en caso de futuros cortes energía, que garantizara la provisión de agua potable y utilización de grupos electrógenos, pues tales planteos no conformaron las cuestiones decidir, excediéndose jurisdicción apelada.

-III-

A mi modo de ver, corresponde determinar si el Intendente de la Municipalidad de Lanús demandante está legitimado para promover la acción de amparo y solicitar en ese ámbito la medida cautelar que aquí se recurre, pues tal extremo constituye un presupuesto necesario para que exista una “causa” en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional que deba ser resuelta por la Corte (Fallos : 323:4098), toda vez que la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2| de la ley 27).

Cabe recordar que la existencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio, en la medida en que su ausencia

o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia (Fallos: 330:5111).

En ese orden de ideas, la admisibilidad del recurso extraordinario planteado contra la medida cautelar se encuentra liminarmente subordinada a la concurrencia de dichos requisitos al iniciarse la acción principal -el amparo-, recordando que la necesidad de existencia de un "caso" o "causa" o "controversia", presupone a su vez la de "parte" o legitimado en el proceso, esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada (confr. doctrina de Fallos: 326:3007), recaudos que se siguen manteniendo aun con la reforma constitucional de 1994 (v. art .116 de la Constitución Nacional) (Fallos: 327:1890).

Bajo esas circunstancias, de la ampliación de los sujetos legitimados según la modificación del texto constitucional (art. 43, segundo párrafo), 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.

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 de un determinado proceso- está dada por la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial controvertida en el pleito.

El ordenamiento jurídico, sin embargo, contempla casos de legitimación anómala o extraordinaria que se caracterizan por la circunstancia de que resultan habilitadas para intervenir en el proceso, como partes legítimas, personas ajenas a la relación jurídica sustancial en el que aquél se controvierte. En estos casos se produce una disociación entre los sujetos legitimados para demandar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial (Fallos: 330:2800 y sus citas).

Con respecto a la naturaleza jurídica del derecho que se pretende amparar, el Intendente de la Municipalidad de Lanús precisó que persigue el inmediato restablecimiento del servicio eléctrico de conformidad con las normas de calidad y que se garantice a los usuarios de dicho distrito la provisión,

suministro y mantenimiento del servicio público de electricidad en forma eficiente, regular y continua. Asimismo, entre otras cuestiones, solicitó que el Ente Nacional de Regulación de la Electricidad (ENRE) confeccionara informes semanales respecto del cumplimiento del suministro de energía eléctrica por parte de EDESUR S.A. en tal ámbito y protocolos de actuación para que la empresa respondiera ágil y eficientemente a las emergencias.

Expresó que su reclamo está sustentado en una acción colectiva o de clase que persigue defender los intereses individuales homogéneos de todos los usuarios involucrados en el municipio y que se encuentra facultado para interponer la acción a tenor de lo dispuesto en los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, en la Ley Nacional de Defensa del Consumidor (24.240), el Código Provincial de Implementación de Derechos de los Consumidores y Usuarios (ley 13.133 de la Provincia de Buenos Aires), las leyes de amparo provincial y nacional y en los pactos internacionales sobre derechos humanos.

A su vez adunó, a su "calidad de autoridad institucional como Intendente Municipal", la legitimación por "derecho propio como usuario del servicio referido, al encontrarse afectado el servicio de energía eléctrica en las dependencias a (su) cargo y en la vía pública del Municipio" (v. fs. 86/102).

En cuanto a los invocados intereses de los habitantes del municipio que el actor dice defender, debe señalarse que ello no autoriza la intervención de las autoridades locales en los términos del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, pues no resultan legitimadas activas de acuerdo con el texto constitucional anteriormente citado que sólo menciona al afectado, al Defensor del Pueblo, y a las asociaciones que propenden a los fines indicados en la norma (v. doctrina de Fallos: 325:2143), sin que pueda considerarse que provincias, sus gobiernos -o los municipios, como en este caso- constituyan una organización no gubernamental o una asociación intermedia de esa naturaleza (conf. Convención Nacional Constituyente diario de Sesiones" , 29a Reunión, 3a Sesión Ordinaria -continuación-, 11/8/1994, págs. 4048 y 4058).

Así pues, resulta aplicable al *sub lite* la doctrina que surge del precedente de Fallos: 325:2143, oportunidad en que la Corte recordó la necesidad de que, como principio, la parte litigue en defensa de un interés propio y directo, el que no aparece cuando la intervención provincial -en este caso municipal- no tiende al resguardo de sus intereses sino al de terceros (considerando 3°).

En tales condiciones, el municipio carece de legitimación para actuar en autos, en tanto dice proteger los intereses de sus ciudadanos.

En ese marco, tampoco los argumentos que esgrime el intendente cuando aduce que acciona por derecho propio al "encontrarse afectado el servicio de energía eléctrica en las dependencias a (su) cargo y en la vía pública del Municipio" alcanzan para legitimarlo activamente, pues en su presentación inicial, antes que alegar y demostrar los perjuicios concretos que las interrupciones del servicio acarrearían al establecimiento municipal, pretende proteger una supuesta afectación de los intereses de los ciudadanos, circunstancia que descarta la posibilidad de que se trate de un interés directo del actor que la transforme en parte sustancial.

Por lo demás, cabe señalar que parte del debate (como el pedido para que el ENRE confeccione informes semanales sobre el cumplimiento del suministro de energía eléctrica por parte de EDESUR, entre otras cuestiones) gira en torno a un eventual incumplimiento del contrato de concesión y del marco regulatorio de energía eléctrica suscripto y dictado por autoridades nacionales sobre una cuestión de orden federal, que excede, en principio, la normal competencia del municipio de velar por la administración de los bienes locales (conf. arts. 190 y 191 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) y sobre la cual la autoridad nacional cuenta con medios legales para hacer cumplir sus decisiones en un marco procedimental en el que, a su vez, la accionada (EDESUR S.A.) pueda contar con las garantías que hacen a la tutela efectiva de sus derechos (conf. doctrina de Fallos: 337:1024).

En ese sentido, cabe destacar que el intendente no puede pretender el control y gestión de asuntos referidos a los servi-

cios públicos de carácter federal sin invadir esferas de competencia institucional propias de los órganos integrantes del Estado Nacional con competencia específica en la materia, cuales son el ENRE y la Secretaría de Energía de la Nación.

Debo destacar que lo expuesto no importa un pronunciamiento contrario a los derechos de los usuarios que se encuentren afectados, sino sobre la ausencia de legitimación del aquí actor para entablar en el modo que lo hizo la acción instaurada en el *sub lite*.

De acuerdo a lo así dictaminado, entiendo que ha devenido inoficioso examinar los restantes agravios esgrimidos por EDESUR S.A.

-IV-

Por ello, opino que corresponde revocar la sentencia apelada y desestimar la acción de amparo planteada. Buenos Aires, 21 de junio de 2017. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Grindetti, Néstor Osvaldo c/ Edesur S.A. y otro s/ amparo colectivo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando que:

1°) En el marco de una acción de amparo iniciada por el intendente del Municipio de Lanús —Provincia de Buenos Aires—, Néstor Osvaldo Grindetti, contra la Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima (EDESUR S.A.) y el Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica (ENRE), el actor solicitó una medida cautelar a fin de garantizar la continuidad del servicio que presta la empresa en la mencionada localidad.

Sostuvo que persigue la tutela de los derechos de los habitantes del municipio que son usuarios del servicio de energía eléctrica —a los que calificó de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos—, afectados por reiterados cortes de suministro. Para fundar su legitimación colectiva invocó los artículos 43 de la Constitución Nacional, 52 de la ley nacional de Defensa del Consumidor (24.240) y 26 del Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (ley 13.133) y la doctrina que emana del precedente "Halabi" (Fallos: 332:111). También afirmó que dicha legitimación surgía por ser *"usuario del servicio referido, al encontrarse afectado el servicio de energía eléctrica en las dependencias a mi cargo"*.

2°) La Sala II de la Cámara Federal de La Plata confirmó la medida cautelar dictada en primera instancia e impuso a EDESUR S.A. tres obligaciones: a) restablecer inmediatamente el servicio eléctrico en el municipio y mantenerlo en forma ininterrumpida; b) devolver por las vías pertinentes a los usuarios los importes correspondientes a las tarifas abonadas, más la reparación integral de los daños causados; y c) acordar un protocolo de actuación en caso de reiteración de los cortes del servicio que garantice de parte de la demandada la provisión de agua potable, si fuere necesaria, y la utilización de grupos electrógenos alternativos que, de modo eficaz y rápido, satisfaga las necesidades de la población del partido de Lanús, especialmente de grupos vulnerables, niños, ancianos y enfermos.

3°) EDESUR S.A. cuestionó la sentencia mediante recurso extraordinario, cuya denegatoria da lugar a la presente queja.

Se agravia, en síntesis, porque: (i) el fallo ha devenido abstracto, ya que el suministro eléctrico en el municipio se está brindando debidamente; (ii) la cautelar fue dictada sin existir verosimilitud en el derecho, pues el servicio público se presta respetando el marco regulatorio de energía eléctrica que prevé la posibilidad de suspensiones de servicio; (iii) la sentencia soslaya que el sector energético está atravesando una situación crítica, tal como da cuenta el decreto 134/2015; (iv) no se ha acreditado el recaudo de peligro en la demora, toda vez que no se ha demostrado el registro de los cortes masivos del servicio; y (v) el fallo es arbitrario por incongruente, al ordenar a las partes acordar un protocolo de actuación para futuros cortes de energía, que garantice la provisión de agua potable y la utilización de grupos electrógenos.

4°) Tal como lo expone la señora Procuradora Fiscal, en primer término corresponde analizar la legitimación invocada por el actor.

No es óbice que el tema sea ajeno a los agravios planteados en el recurso extraordinario. La legitimación es un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional y del artículo 2° de la ley 27. Es por ello que en reiteradas ocasiones esta Corte ha comprobado de oficio la concurrencia de los elementos constitutivos del caso judicial, pues su ausencia o desaparición importa la de juzgar y no puede ser suplida por la conformidad de las partes o su consentimiento por la sentencia (conf. Fallos: 340:1084 y sus citas).

Si esta Corte —o cualquier otro tribunal nacional— interviniese en asuntos donde el peticionario carece de legitimación se transgrediría el severo límite al Poder Judicial que surge del artículo 116 de la Constitución y que es propio del esquema de división de poderes (conf. Fallos: 5:316; 30:281; 156:318, entre muchos otros). Esta limitación es particularmente aplicable a un proceso como el de autos pues admitir una medida cautelar como la peticionada por quien carece ostensiblemente de legitimación *"deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares"* (Fallos: 336:2356, considerando 4° y sus citas).

5°) Como se expresó anteriormente, el intendente de Lanús sustenta su legitimación anómala para defender a los usuarios del servicio de energía eléctrica que presta EDESUR S.A. que habitan en dicho municipio, en las disposiciones que surgen de los artículos 43 de la Constitución Nacional, 52 de la ley 24.240 y 26 de la ley provincial 13.133. También invoca los principios que emanan del precedente "Halabi".

6°) Ahora bien, esta legitimación colectiva que invoca el actor debe surgir de las normas nacionales que regulan la cuestión.

En efecto, los actos y omisiones del gobierno federal —o de quienes prestan un servicio público por delegación de él— son cuestionables bajo las reglas fijadas en la Constitución Nacional y en las leyes que dicte el Congreso de la Nación. Estas reglas son las que determinan la competencia de los tribunales federales que habrán de conocer en esas causas, los procedimientos que deben seguirse,

la capacidad para estar en juicio de las partes y el modo de configurarse las controversias.

En el precedente de Fallos: 329:4542, al analizar la legitimación del Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires en una causa tramitada ante la justicia federal, esta Corte consideró que las legislaturas provinciales carecen de facultades para reglar los procedimientos seguidos en los juicios tramitados ante los tribunales de la Nación. Sostuvo que la potestad de las autoridades locales para regular sus propias instituciones *"debe entenderse dentro del orden provincial respectivo y sin extender el imperio de las instituciones de una al territorio de la otra, porque entonces ésta vendría a quedar regida, no por sus propias instituciones,... sino por las extrañas"* (ver considerando 6°). Este criterio fue reiterado por el Tribunal recientemente respecto de otros defensores del pueblo provinciales (ver Fallos: 340:745; 341:1727 y 342:1041).

7°) Desde esta perspectiva, y en lo que respecta a la Constitución Nacional, el artículo 43, segundo párrafo, solo reconoce legitimación anómala o extraordinaria para intervenir en el proceso en defensa de derechos de incidencia colectiva al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a los fines indicados en la norma. No habilita la actuación de las autoridades locales —provinciales o municipales— para interponer acciones judiciales en defensa de derechos de esta naturaleza (respecto de las provincias, ver Fallos: 343:2080, considerando 3°, y sus citas).

La legitimación colectiva que invoca el actor tampoco encuentra respaldo en ninguna de las disposiciones de la ley 24.240. Este ordenamiento legitima a las autoridades locales de aplicación para accionar judicialmente (artículo 52) pero establece específicamente que esas autoridades son las provincias y la Ciudad de Buenos Aires (artículo 42). Es claro, por lo tanto, que la ley 24.240 no reconoce como legitimados anómalos para la defensa colectiva de los derechos de los usuarios residenciales que habitan en el partido de Lanús a ningún organismo municipal. A tales efectos, carece de relevancia que la relación jurídica sustancial existente entre estos usuarios y EDESUR S.A. pueda estar alcanzada por la ley de defensa del consumidor en tanto se cuestiona la interrupción de un servicio público domiciliario (conf. artículo 30).

8°) Por otro lado, tal como se explicó en el considerando 6°, la legislación local invocada en la demanda no puede ampliar la legitimación colectiva fijada en las normas nacionales para litigar ante la justicia federal en defensa de los derechos de terceras personas.

Consecuentemente, el artículo 26 de la ley provincial 13.133, que reconoce legitimación a los municipios a través de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC) en cuestiones de defensa del consumidor, solo podría justificar la legitimación colectiva del actor para accionar en la jurisdicción provincial.

9°) Tampoco cabe reconocer la legitimación colectiva invocada por el actor en su calidad de afectado por la interrupción del servicio de energía en las dependencias municipales y en la vía pública.

En ciertos supuestos, el artículo 43 de la Constitución Nacional admite la posibilidad de que el propio afectado interponga una acción colectiva en defensa de intereses individuales de otras personas. Para ello, es necesario, entre otros recaudos, que el afectado que invoca la representación anómala esté en una situación similar a la del resto de las personas alcanzadas por su acción. Tal como lo ha explicitado esta Corte en el precedente "Halabi", quien pretenda promover un proceso colectivo en estos casos debe acreditar que existe una homogeneidad fáctica y normativa en la situación de la pluralidad de sujetos afectados por una determinada conducta imputable al demandado (conf. considerandos 12 y 13, ver también punto II del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos aprobado por la acordada 12/2016).

Sin embargo, la presentación inicial no explica de qué modo la situación del municipio guarda algún grado de homogeneidad con la del resto de los integrantes del colectivo cuya representación invoca. A los efectos de la legitimación colectiva que esgrime el actor la supuesta afectación que dice padecer parece ostensiblemente diferente a la que sufrirían los usuarios residenciales del Partido de Lanús.

En este sentido no puede obviarse que el marco regulatorio que rige a EDESUR prevé la existencia de diferentes tipos de usuarios del servicio de distribución. Esta distinción impacta, por ejemplo, en lo que se refiere a los modos de contratación, al cobro de tributos, a la tarifa que abonan o al sometimiento a la jurisdicción primaria del ente regulador (conf. artículos 35 inciso a, 40 inciso b, 42 y 72 de la ley 24.065,

artículos 40 y 42 del decreto reglamentario 1398/1992). En lo que se refiere concretamente a los municipios, el marco regulatorio dispone que pagan por el alumbrado público una tarifa diferente a la de los usuarios residenciales, perciben de parte de EDESUR el equivalente al 6% de sus ingresos brutos y cuentan con una vía especial de solución de controversias (conf. artículo 34, inciso b, y subanexo 1 – "Régimen Tarifario", del contrato de concesión aprobado por resolución S.E. 170/92; cuadro tarifario vigente según resolución ENRE 24/2019).

No se advierte, por lo tanto, que exista una clase homogénea que agrupe al municipio y a los usuarios residenciales del partido. Esto impide reconocer la legitimación colectiva invocada por el actor aun cuando el municipio pudiera ser considerado un sujeto "afectado" en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.

10) Por lo demás, cabe destacar que de las constancias de la causa se advierte que los tribunales inferiores que han intervenido en el pleito se han apartado de las normas y principios aplicables a los procesos colectivos.

En efecto, tal como lo ha recordado recientemente esta Corte en la causa "Matadero Municipal" (Fallos: 342:1747), la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad y exige que, de manera previa a su inscripción, los tribunales verifiquen si la acción fue promovida como colectiva, dicten la resolución que declare formalmente admisible la acción, identifiquen en forma precisa el grupo o colectivo involucrado en el caso, reconozcan la idoneidad del representante y establezcan el procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio (Fallos: 339:1077, considerando 40 del voto de la mayoría y del voto del juez Maqueda; 339:1254, considerando 4°; 332:111, considerando 20; acordadas 32/2014 y 12/2016).

Sin embargo, en este pleito los tribunales intervinientes no examinaron el cumplimiento de los recaudos referidos ni dictaron la resolución de certificación exigida en las acordadas de este Tribunal (artículo 3° de la acordada 32/2014 y artículos V y VIII de la acordada 12/2016). Se limitaron a otorgar —sin dar fundamentos para ello— una medida con efectos *erga omnes* dentro del partido de Lanús. Particularmente la cámara dispuso una serie de medidas impropias de un trámite

cautelar, como ser la "reparación integral de los daños causados". De ninguno de los pronunciamientos dictados en el expediente surge con claridad la identificación del colectivo involucrado en el caso ni la individualización de los requisitos tenidos en cuenta para considerar que el actor es representante adecuado de los intereses de los usuarios del Municipio de Lanús. Tampoco el *a quo* estableció un procedimiento para garantizar la adecuada notificación de todos aquellos que podrían tener un interés en el resultado del litigio o bien que quisieran no ser alcanzados por la sentencia.

11) En síntesis, el carácter de intendente y la afectación del servicio en dependencias municipales invocados por el actor son insuficientes para representar a los habitantes del Partido de Lanús afectados por los cortes de suministro de energía ante los tribunales federales. Ello, sin perjuicio de la nueva situación jurídica que podría suscitarse en casos ulteriores cuando se concrete la transferencia de EDESUR S.A. a la jurisdicción provincial ordenada por el artículo 124 de la ley 27.467.

Del mismo modo, los tribunales de grado han omitido verificar el cumplimiento de los requisitos propios para la admisión formal de toda acción colectiva.

En virtud de lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, y se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se desestima la acción de amparo. Con costas. Agréguese la queja al principal, reintégrese el depósito, notifíquese y devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda (según su voto)– Horacio Rosatti (en disidencia).

Voto del Señor Ministro Doctor Don Juan Carlos Maqueda

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, al que se remite en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se desestima la acción de amparo. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 26. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que en un contexto de interrupciones en el servicio público de distribución de energía eléctrica en el Municipio de Lanús, el día 19 de enero de 2016 el señor Intendente inició una acción de amparo contra la Empresa Distribuidora Sur S.A. (en adelante, "EDESUR") y el Ente Nacional Regulador de la Electricidad ("ENRE") y solicitó, consecuentemente, el dictado de una medida cautelar a fin de garantizar la continuidad del servicio.

Invocó, en esa oportunidad, su cargo de intendente tanto para actuar en defensa de los derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos de todos los usuarios impactados por los cortes en el distrito que administra (fs. 87), como su carácter de "*usuario del servicio referido, al encontrarse afectado el servicio de energía eléctrica en las dependencias a mi cargo y en la vía pública del Municipio*" (fs. 88).

2°) Que con fecha 8 de marzo de 2016 la Cámara Federal de La Plata confirmó la medida cautelar decretada en primera instancia e impuso a EDESUR tres obligaciones: i) restablecer inmediatamente el servicio eléctrico en el municipio y mantenerlo en forma ininterrumpida; ii) devolver a los usuarios, ante eventuales cortes, los importes correspondientes a las tarifas abonadas, más la reparación integral de los daños causados, obligación cuyo cumplimiento debían perseguir individualmente cada uno de ellos por las vías correspondientes; iii) acordar un protocolo de actuación en caso de reiteración de los cortes del servicio, que garantice de parte de la demandada la provisión de agua potable, si fuere necesaria, y la utilización de grupos electróge-

nos alternativos que, de modo eficaz y rápido, satisfaga las necesidades de la población del Partido de Lanús, especialmente de grupos vulnerables, niños, ancianos y enfermos (fs. 332/335).

3°) Que contra esa sentencia EDESUR interpuso, a fs. 336/345, recurso extraordinario, cuya denegación motivó la interposición de la presente queja.

La distribuidora tacha de arbitraria a la decisión adoptada. Sostiene que la medida cautelar fue otorgada en abstracto y sobre una situación inexistente, ya que no se habían acreditado "*los mal llamados 'cortes masivos', los cuales cabe señalar, no se produjeron en la magnitud descripta en la demanda incoada por el Sr. Grindetti*" (fs. 343) y los que existían, según expone, habían sido remediados.

Explica que brinda un servicio público dentro de un marco regulatorio integrado por el Reglamento de Suministro, el Contrato de Concesión y la ley 24.065, normas que prevén la posibilidad de suspender el servicio (fs. 342). Y entiende que la decisión se ha apartado de los agravios planteados en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en la medida en que, al confirmar la sentencia, le impuso la obligación de concertar un protocolo de actuación con el Municipio de Lanús (fs. 344).

4°) Que previo a resolver los agravios planteados en el recurso extraordinario interpuesto, debe analizarse si se encuentran configurados los elementos constitutivos del *caso* o *causa* judicial. Este examen liminar puede ser llevado a cabo de oficio por el Tribunal, toda vez que la ausencia o desaparición de un caso extingue la potestad de juzgar y no ha de ser suplida por la conformidad de las partes o el consentimiento de la sentencia (conf. arg. Fallos: 182:276; 209:341; 308:1489; 331:2257; 337:627; 340:1084; entre muchos otros).

Tal verificación, que exige el artículo 116 de la Constitución Nacional, en cuanto llama a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores a intervenir en el conocimiento y decisión de "*causas*", y el artículo 2° de la ley 27, procura resguardar el equilibrado y efectivo ejercicio de la función jurisdiccional. El control encomendado al Poder Judicial sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito de la existencia de un "caso" sea observado rigurosamente, no para eludir cuestiones de repercusión pública, sino para asegurar la preservación

del principio de división de poderes, que excluye al Poder Judicial de la atribución de expedirse en forma general sobre la validez de las normas emitidas por los otros departamentos de gobierno (conf. causa "*Unión Cívica Radical*", Fallos: 342:1).

Precisamente, en procesos de carácter cautelar como el que se resuelve en esta oportunidad, esta Corte ha puesto de manifiesto que un desajustado análisis de los presupuestos que configuran un "caso" culminaría con deformar las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y el Legislativo exponiéndolo a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares (Fallos: 321:1352; 331:1364; 333:1023; 336:2356).

5°) Que en la presente causa se encuentran en juego dos elementos constitutivos del caso judicial: i) la legitimación activa, esto es, la relación que el Intendente del Partido de Lanús tiene con el conjunto de intereses cuya representación invoca, que debe ser analizada en primer término ya que resulta un presupuesto necesario para que exista una controversia (Fallos: 323:4098; 326:2777; 337:627); y ii) la incidencia del tiempo en el proceso y en el contenido de la medida cautelar decretada, toda vez que las sentencias de este Tribunal deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión pues como órgano judicial tiene vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos y no deciden un conflicto actual (conf. Fallos: 330:5070; 333:1474; 335:905, entre otros).

6°) Que al examinar la aptitud del actor para presentarse ante los tribunales, debe aclararse que ningún sujeto se encuentra genéricamente habilitado para intervenir en cualquier causa más allá de su objeto, sino que tendrá o no legitimación activa según su relación con la pretensión que se introduce, es decir, con el interés que se denuncia como afectado y para el cual se requiere protección judicial.

En este caso, bajo las diversas clases de legitimación que invoca el Intendente, subyacen tres tipos de relaciones diferentes: con la *ciudad,* con el *municipio,* y con la *municipalidad*; términos que no designan fenómenos idénticos, y cuyo adecuado esclarecimiento permite definir la proximidad entre el accionante y la relación jurídica sustancial propia de la legitimación procesal.

La *ciudad*, en tanto "*conjunto de edificios y calles, regidos por un ayuntamiento y cuya población densa y numerosa se dedica por lo común a actividades no agrícolas*" (Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª Ed., Espasa, Madrid, 2014), representa el sustrato social, territorial, económico y político sobre el que se asienta el *municipio*. Este, a su vez, puede ser concebido como el ente que surge por el reconocimiento legal atributivo de caracteres jurídicos -como el *status*, las competencias y los límites- a la *ciudad*. Finalmente, la *municipalidad* refiere a la expresión institucional, revestida de potestad estatal, de la organización de los servicios e intereses que se administran y gobiernan en el municipio.

En concreto, para que exista la *Municipalidad* de Lanús, es necesaria la presencia del *Municipio* de Lanús (organizado y denominado por el régimen provincial bonaerense como "Partido", cfr. artículo 190 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), que a su vez se asienta sobre una realidad territorial y poblacional específica.

Dentro del marco conceptual descripto, el intendente invoca en este caso dos relaciones jurídicas específicas para sustentar su legitimación: con *el Municipio (Partido) de Lanús* y con la *Municipalidad* homónima.

7°) Que, en primer lugar, el actor procura la protección de los derechos de los usuarios del servicio de distribución de energía eléctrica del Partido de Lanús. Con ese objeto, encuadra su legitimación activa en el artículo 43 de la Constitución Nacional y la interpretación de esa cláusula que esta Corte efectuó en el precedente "Halabi" (Fallos: 332:111).

Tres órdenes de fundamentos impiden receptar esa legitimación colectiva:

i) como principio general, los actos y omisiones del gobierno federal son cuestionables ante tribunales de este mismo carácter y de conformidad con la Constitución Nacional y las reglas que dicte el Congreso de la Nación, en cuanto rigen lo atinente a procedimientos, capacidad de estar en juicio y al modo de configurarse las controversias.

ii) desde allí, el texto del artículo 43 de la Constitución Nacional, al consagrar una ampliación de la legitimación para la defensa de dere-

chos de incidencia colectiva, habilita expresa y singularmente a actuar en procesos judiciales al afectado, al Defensor del Pueblo de la Nación, y a las asociaciones que propenden a los fines allí indicados. Los municipios no se encuentran abarcados por la letra de esa norma *y, en este caso, no se ha invocado una ley federal que otorgue tal facultad.*

iii) las disposiciones provinciales y/o municipales que otorgan legitimación procesal a sus órganos, funcionarios e instituciones, no pueden ser interpretadas como una ampliación de la cláusula constitucional referida.

Lo dicho implica, entonces, que el carácter de intendente, por sí mismo, resulta insuficiente para representar derechos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos de los ciudadanos del Partido de Lanús ante los tribunales federales. Los poderes que los ordenamientos provinciales y municipales le confieren no alteran el texto del artículo 43 de la Constitución Nacional que, en su letra, ha individualizado a los sujetos habilitados para accionar en defensa de esos derechos. Este razonamiento resulta coherente con la decisión adoptada por el Tribunal ante la intervención de otros funcionarios de carácter provincial en representación de los derechos de incidencia colectiva de individuos sujetos a su jurisdicción (Fallos: 325:2143; 329:4542; 340:745; 341:1727).

8°) Que a distinta conclusión se arriba en relación a la representación que el citado funcionario ejerce de la "Municipalidad" de Lanús, entendida como el conjunto de instalaciones, recursos materiales y dotación de personal encaminados al cumplimiento de cometidos primarios específicos dentro del ejido territorial asignado.

En esta segunda alternativa, no se trata ya de la salvaguarda de intereses individuales ajenos, sino que el Intendente, titular del departamento ejecutivo municipal, invoca su calidad de "*afectado*". En efecto, conforme a los términos de la acción entablada, ha solicitado una medida cautelar con la finalidad de prevenir una afectación concreta a "las dependencias" que tiene a su cargo, las cuales habrían sido alcanzadas por las interrupciones al suministro de energía eléctrica.

La Municipalidad de Lanús, como institución autónoma con reconocimiento constitucional en los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional, se ha organizado con un órgano ejecutivo al cual se le atribu-

yó la competencia de "*hacerse representar ante los tribunales como demandante o demandado, en defensa de los derechos o acciones que le corresponden a la Municipalidad*" (cfr. Ley Orgánica de Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, decreto-ley 6769/58, artículo 108, inc. 12).

Esa atribución no puede quedar limitada a la habilitación para presentarse ante los tribunales provinciales, como sucede con la analizada en el considerando anterior. Ello implicaría vedar al Municipio la posibilidad de hacer valer sus intereses, por medio del Intendente, ante conflictos con el Gobierno Federal -o entidades que actúen en su nombre en la órbita federal-, que son dirimidas ante tribunales del mismo carácter. Precisamente, esto es lo que sucedía en este caso al momento de los hechos, sin perjuicio de las modificaciones legislativas que entraron en vigencia con posterioridad (artículo 124 de la ley 27.467), ya que la controversia se entabló entre el Partido de Lanús, por un lado, y el ENRE y EDESUR, por el otro.

9°) Que despejada la legitimación de la actora corresponde analizar el impacto que el transcurso del tiempo ha generado sobre el caso bajo análisis.

Encontrándose radicada la medida cautelar ante esta Corte, los siguientes acontecimientos que surgen de las actuaciones principales dan cuenta de una modificación sustancial de los hechos que sustentaron la pretensión cautelar: i) a fs. 464/466 el Ente Regulador de la Electricidad (ENRE) -al contestar el informe del artículo 8° de la ley 16.986- acompañó copias de la resolución 31/2016 que condenó a la empresa a abonar un resarcimiento por los cortes de suministro acaecidos entre el 12 y el 18 de febrero de 2016 (involucrando a los afectados del distrito en cuestión); ii) a fs. 499/500 consta el memorándum DIT 89/2016 elaborado por la División de Inspección Técnica del ENRE, que da cuenta de una disminución progresiva de los afectados por las interrupciones de suministro desde el 1/12/15 hasta el 10/07/16; y iii) a fs. 637 el ENRE ha denunciado específicamente, como hecho nuevo, el dictado de la resolución 506/2016 por medio de la cual se intimó a EDESUR a tomar las medidas necesarias para que, en un plazo perentorio de noventa días, realice la reparación de todos los cables de baja y media tensión y asegure un tiempo de reposición de suministro acorde con los valores medios históricos de alimentadores fuera de servicio. Cabe señalar que este último planteo no pudo ser resuelto debido a la elevación de

las actuaciones principales a este Tribunal para la resolución del presente recurso (cfr. fs. 678).

Por otro lado, el ENRE ha continuado ejerciendo su competencia regulatoria y de control sobre la concesionaria con relación al Municipio de Lanús (v.gr.: resolución 62/2017, por la cual se aprobó un convenio entre la Municipalidad y la distribuidora a fin de unificar la percepción de la tasa por alumbrado, barrido y limpieza; o resolución 529/2017, por la cual se aplicó a EDESUR una multa por irregularidades en el servicio en ese partido).

De manera que las circunstancias valoradas por la Cámara Federal para confirmar la medida cautelar decretada en primera instancia se han modificado notoriamente, y se encuentra pendiente de resolución un hecho nuevo planteado, que podría tener incidencia en la procedencia de los agravios esgrimidos por la recurrente.

Por lo demás, con relación al apartamiento del marco regulatorio alegado en el recurso interpuesto, la resolución cuestionada debe ser interpretada en línea con la decisión de primera instancia que confirma, en tanto ordenó el restablecimiento del servicio eléctrico "*conforme a las normas de calidad y eficiencia previstas en el Contrato de Concesión de Distribución de Energía Eléctrica*" (cfr. fs. 105). Ello, a más de cuatro años del pronunciamiento impugnado, pone de manifiesto que el recurso extraordinario se encuentra huérfano de un gravamen actual y concreto que habilite al Tribunal a expedirse en la medida cautelar. Máxime si se tiene en cuenta que en las actuaciones principales tomó intervención el ente regulador, haciendo valer sus competencias específicas.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario, se deja parcialmente sin efecto la decisión apelada en cuanto a la legitimación activa, y se declara inoficioso expedirse actualmente con relación al resto de las cuestiones planteadas. Reintégrese el depósito a la recurrente. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese la queja.

Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por **EDESUR S.A., codemandada en autos,** representada por la **Dra. Romina Vanesa Pandiani**.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo n° 3 de Lomas de Zamora.**

SISTI, PEDRO LUIS Y OTRO C/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ AMPARO

ACCION DE AMPARO

La acción de amparo, de manera general, puede tramitar en la instancia originaria, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art. 24, inciso 1°, del decreto-ley 1285/58) porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Para que proceda la competencia originaria, es necesario que una provincia revista el carácter de parte en el pleito, no solo en sentido nominal -ya sea como actora, demandada o tercero- sino también sustancialmente, esto es, que tenga en el litigio un interés directo de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La acción por la cual se impugna los criterios para la asignación de bancas en la Cámara de Diputados establecidos en los arts. 3° y 4° del decreto-ley 22.847, y cuyo objeto es que, una vez declarada su invalidez, se ordene al Congreso que, para las próximas elecciones, actualice la representación con arreglo al último censo realizado en 2010 es ajena a la a competencia originaria de la Corte, pues el alcance de la pretensión no permite atribuirles a las provincias argentinas -ni a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-, el carácter de partes sustanciales, en tanto el objeto del litigio demuestra que es el Estado Nacional, a través del Po-

der Legislativo, el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio de los derechos que se denuncian como violados, en el supuesto de admitirse la demanda, máxime cuando, los integrantes de la Cámara de Diputados, cuya composición actual se cuestiona, no representan a las provincias o distritos electorales por los que son elegidos, sino al pueblo que los elige directamente (art. 45, Constitución Nacional).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Es ajena a la competencia originaria la acción que pretende la declaración de inconstitucionalidad de una ley - decreto-ley 22.847-y la conminación al Poder Legislativo para el dictado de otra, pues la citación de las provincias, tal como se pretende, importaría tanto como convertir a la Corte en un órgano deliberativo con el fin último de obtener una sentencia que determine los criterios a los cuales debería ajustarse el legislador a los efectos del dictado de la norma omitida, pretensión que exigiría apartarse del procedimiento habilitado por la Constitución para la formación de las leyes, arrogándose el Poder Judicial mayores facultades que las que le han sido conferidas expresamente, e invadiendo de ese modo la órbita de competencias exclusivas del Congreso Nacional, al que el constituyente le encomendó expresamente su dictado (art. 45, Constitución Nacional).

CONSTITUCION NACIONAL

La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación; por ello, el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras y no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional.

DIVISION DE LOS PODERES

La esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución; así ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas.

DIVISION DE LOS PODERES

La misión más delicada de la justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder menoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La indiscutida raigambre constitucional de la competencia originaria y exclusiva de la Corte impide ampliar su rígido contenido con fundamento en reglas funcionales de orden procedimental.

ELECCIONES

El sistema democrático sostenido por la Norma Fundamental argentina (arts. 36 y 75, inciso 19, tercer párrafo), exige garantizar la representación popular en los órganos de base electoral, en base a los principios de representación igualitaria (previsto en los arts. 16 y 37 de la Constitución Nacional, pautas que reciben reconocimiento expreso en un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, conforme lo dispuesto por el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional –arts. 1.1, 23.1.b y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.1 y 25.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-), y de proporcionalidad (que establecen los arts. 45 y 46 de nuestra Ley Fundamental) (Voto del juez Rosatti).

DEMOCRACIA

En el debate legislativo se traduce de forma más genuina la participación de todas las voces sociales y se consolida la idea fundamental de participación y decisión democrática, afianzándose de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa (Voto del juez Rosatti).

ELECCIONES

La exigencia constitucional de la igualdad de valor del sufragio electoral se desprende de la Constitución Nacional en cuanto consagra las características del sufragio en su art. 37, definiéndolo como universal, igual, secreto y obligatorio (Voto del juez Rosatti).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La competencia originaria de la Corte -art. 117 de la Constitución Nacional- no puede ser ampliada, restringida, ni modificada por persona o poder alguno, y debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica subyacente en la causa, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales (Voto del juez Rosatti).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La condición de parte de la provincia a los fines de la competencia originaria de la Corte la debe llenar tanto en un orden nominal -por figurar expresamente como tal en el juicio, sea como actora, demandada o tercero- como también en sentido sustancial, por ser titular de la relación jurídica en que se sustenta la pretensión al tener un interés directo en el pleito que surja en forma manifiesta de la realidad jurídica, más allá de las expresiones formales usadas por las partes y de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria, ya que de no ser así, quedaría librada a la discrecionalidad de los litigantes la determinación de una competencia que por ser de raigambre constitucional reviste el carácter de exclusiva y, por ende, insusceptible de extenderse, por persona ni poder alguno (Voto del juez Rosatti).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Es ajena a la competencia originaria de la Corte la acción de amparo por la cual se impugna los criterios para la asignación de bancas en la Cámara de Diputados establecidos en los arts. 3° y 4° del decreto-ley 22.847, y cuyo objeto es que, una vez declarada su invalidez, se ordene al Congreso que, para las próximas elecciones, actualice la representación con arreglo al último censo realizado en 2010, pues los diputados no representan a las provincias y la ciudad constitucional federada de Buenos Aires, en cuanto entes autónomos del sistema federal, por lo que no corresponde atribuirles a los mismos el carácter de parte (activa o pasiva) en el caso a los fines de generar la competencia originaria y exclusiva la Corte, que –por otra parte- tiene un contenido constitucional rígido no susceptible de ser ampliado con fundamento en reglas funcionales de orden procedimental (Voto del juez Rosatti).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Uno de los supuestos en que corresponde la jurisdicción originaria de la Corte comprende a los conflictos que tienen como parte una provincia o la Ciudad de Buenos Aires y la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Disidencia del juez Maqueda).

CAMARA DE DIPUTADOS

La cuestión de a quién representa la Cámara de Diputados impregna las definiciones sobre su tamaño, la cantidad de habitantes o base de representación de cada escaño, la actualización censal, o los intentos históricos de asegurar alguna participación a los pueblos de las provincias menos populosas en el recinto; todas estas definiciones también son constitutivas de la organización del poder federal (Disidencia del juez Maqueda).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Corresponde declarar la competencia originaria de la Corte para entender en la acción de amparo colectivo iniciada contra el Estado Nacional a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3°

y 4° del decreto-ley 22.847, pues los cuestionamientos al decreto-ley Bignone aparecen como una cuestión directa y exclusivamente basada en las normas constitucionales que estructuran la Cámara de Diputados y el planteo resulta, por tanto, central a nuestra organización federal ya que se enlaza, en última instancia, con definir a quién debe representar la Cámara de Diputados de la Nación (Disidencia del juez Maqueda).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Corresponde declarar la competencia originaria de la Corte para entender en la acción de amparo colectivo iniciada contra el Estado Nacional a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3° y 4° del decreto-ley 22.847, pues la cuestión federal que trae el planteo de inconstitucionalidad radica en definitiva en definir qué quiere decir la Constitución cuando indica que los diputados representan al "pueblo de las provincias" y el asunto sobre los escaños por provincia que garantiza el decreto-ley Bignone remitirá finalmente a una cuestión central para la organización del poder, esto es, si el "pueblo de las provincias" es el pueblo de la Nación, son las provincias, o una tercera categoría (Disidencia del juez Maqueda).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Corresponde a la competencia originara de la Corte entender en la acción de amparo iniciada contra el Estado Nacional a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3° y 4° del decreto-ley 22.847, pues la definición sobre dicha competencia se superpone con el planteo de inconstitucionalidad de los demandantes, más concretamente, la definición de si una provincia debe intervenir en este pleito exige necesariamente responder a quién debe representar la Cámara de Diputados o más bien el significado y alcance de la noción del "pueblo de las provincias" y esto es, la misma pregunta que subyace al planteo de fondo, en tanto para resolver si los parámetros del decreto-ley Bignone tuercen la proporcionalidad de la representación de la Cámara de Diputados en primer lugar debe definirse a quién debe representar esa Cámara (Disidencia del juez Maqueda).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La acción de amparo colectivo iniciada contra el Estado Nacional a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3° y 4° del decreto-ley 22.847 es de la competencia originaria de la Corte, pues debe tenerse en cuanta la excepcional trascendencia institucional del pleito, ateniéndose a los términos de la demanda, al decreto-ley impugnado y la historia que concentra la noción del "pueblo de las provincias" (Disidencia del juez Maqueda).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Resulta competente la Corte en su instancia originaria para entender en la la acción de amparo colectivo iniciada contra el Estado Nacional a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3° y 4° del decreto-ley 22.847, toda vez que no puede pasar desapercibido que los actores traen, nada menos que, el decreto-ley del último gobierno de facto que estructura hasta hoy la relación de representatividad democrática de la Cámara de Diputados y los planteos efectuados denuncian una violación a la regla más básica de legitimidad y autogobierno del pueblo, asuntos que enardecieron de tal manera nuestra historia que se volvieron una promesa democrática refundacional en 1983, luego constitucionalizada en la reforma de 1994 (arts. 36 y 37, entre otros) (Disidencia del juez Maqueda).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Resulta competente la Corte en su instancia originaria para entender en la la acción de amparo colectivo iniciada contra el Estado Nacional a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3° y 4° del decreto-ley 22.847, pues desde la perspectiva de los demandantes, las pautas de alteración a la representación proporcional del decreto-ley Bignone y la omisión de actualizar la composición de esa Cámara hieren al centro del sistema bicameral de representación mixta que adoptó nuestra Constitución para afianzar la unión nacional como así también a las reglas más básicas de legitimidad democrática (Disidencia del juez Maqueda).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

Pedro Luis Sisti, por derecho propio, y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), deducen acción de amparo, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y de la ley 16.986, contra el Estado Nacional, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 3° *in fine* y 4° del decreto-ley 22. 847/83 (conocida como "ley censo" o "ley Bignone") que fue aplicado en las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias del 9 de agosto, en las elecciones generales del 25 de octubre y en la segunda vuelta del 22 de noviembre de 2015.

Cuestionan dicho decreto-ley en cuanto condiciona la representación de la Cámara de Diputados de la Nación, al establecer: 1) que los distritos electorales deben tener la misma cantidad de diputados que en la elección de 1973; 2) un mínimo de cinco diputados por provincia, conformándose la representación de acuerdo con la población; y 3) la incorporación de tres diputados por provincia, todo lo cual -aseguran- afecta el principio de representación igualitaria previsto en los arts. 16 y 37 de la Constitución Nacional, 1.1, 23.1b y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.1 y 25.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el principio de proporcionalidad que establecen los arts. 45 y 46 de nuestra Ley Fundamental.

Aducen que la conducta del Estado Nacional consistente en omitir la sanción de una ley que actualice la representación en la Cámara de Diputados de conformidad con el último censo realizado (de 2010) y mantener vigente las condiciones descriptas en el decreto-ley, distintas a las previstas en la Constitución Nacional, lo cual lesiona, restringe, altera y amenaza, con arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, el derecho al sufragio en condiciones de igualdad y la garantía de la igualdad ante la ley, el derecho a la debida representación y participación política, el derecho libertad de expresión y las garantías judiciales y de no discriminación, al otorgar mayor poder de voto a los residentes de algunas provincias por sobre los de otras.

Manifiestan que el objeto de la acción consiste en que, una vez declarada la invalidez de la norma, V.E. ordene que, para las próximas elecciones, el Congreso Nacional actualice la representación al último censo poblacional de 2010 y fije las nuevas representaciones de conformidad con el art. 45 de la Constitución Nacional.

El señor Sisti sostiene que tiene legitimación para deducir esta acción en su carácter de elector de diputados nacionales de la Provincia de Buenos Aires, puesto que tiene su domicilio en esa jurisdicción, y así ha participado en las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias del 9 de agosto, en las elecciones generales del 25 de octubre y en la segunda vuelta del 22 de noviembre de 2015.

La ADC indica que es una entidad sin fines de lucro, con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y tiene legitimación para representar en esta acción a todos los votantes del país puesto que, de acuerdo a su estatuto, su objeto social consiste en la promoción de los derechos fundamentales de las personas en aquellas situaciones en que se vea amenazada la defensa de los derechos básicos de las personas sin distinción y de los derechos de las personas por medio de los mecanismos legales previstos en el sistema constitucional por la vía de actuaciones en el ámbito administrativo o judicial (cfr. art. 3° de su Estatuto) (v. fs. 9 vta.).

Solicitan la citación como terceros al pleito de las 23 provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, toda vez que sus intereses se ven directamente afectados al discutirse en la causa la modificación de la atribución de bancas que cada una tiene en la Cámara de Diputados de la Nación. Distinguen tres tipos de interés: 1. Las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Mendoza, Salta y Santa Fe, que tienen una sub-representación en dicho órgano, 2. Las provincias de Chaco, Misiones y Tucumán, cuya representación no variaría al declararse inconstitucionales dichos artículos y mantenerse el mínimo poblacional establecido en el decreto-ley 22.847, pero sí sufriría modificaciones con la adecuación al nuevo censo. 3) La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias de Catamarca, Chubut, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Neuquén, Río Negro, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, que tienen una sobre-representación fruto de la aplicación del decreto-ley 22.847.

Asimismo, solicitan la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación y de los defensores del pueblo provinciales, con fundamento en el art. 86 de la Constitución Nacional.

A 71 se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

-II-

En principio, el Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre

que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art. 24, inc. 1° del decreto-ley 1285/58) porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986 (Fallos: 312:640; 313:127 y 1062; 322:1514 y 331:1243, entre otros).

Sentado lo expuesto, entiendo que el asunto radica en determinar si en el *sub examine* se configuran dichos requisitos.

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 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 la citación que efectúan los actores como terceros interesados al pleito de las provincias resulta procedente al concurrir una de las circunstancias que habilitan su intervención obligada, tanto existe una comunidad de controversia entre éstas y las partes originarias -actores y demandado-, en relación a causa, es decir, respecto de la aplicación del decreto-ley 22.847/83, que afecta de manera directa y homogénea la representación proporcional de cada una de ellas en la Cámara de Diputados de la Nación, por lo cual, de declarar V.E. procedente la acción, todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deben ser citadas y serán 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) y, por ende, la sentencia que se dicte obligatoria. les ha de resultar obligatoria.

En consecuencia, en atención a la naturaleza de las partes que han de intervenir en el proceso, por un lado las provincias que han sido citadas por los actores -a quienes les 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 proceso -quien tiene derecho al fuero federal, según lo dispuesto en el arto 116 de la Ley Fundamental-, la única forma de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales es sustanciando la acción en esta instancia originaria (Fallos: 313:98 y 551; 317:746; 320:2567; 323:702 y 1110,

entre otros, y dictamen de este Ministerio Público en la causa R. 859, Originario, "Roquel, Héctor Alberto c/ Santa Cruz, provincia de-Estado Nacional s/ acción de amparo", del 25 de junio de 2013).

Con respecto al segundo de los recaudos indicados, entiendo que también concurre en autos, ya que se cuestiona la validez de un acto de naturaleza federal, decreto-ley 22.847, y los derechos que pretenden hacer valer los actores se encuentran especialmente regidos por normas de naturaleza federal, los arts. 45 y 46 de la Constitución Nacional, que regulan la representación de la Cámara de Diputados de la Nación.

Asimismo, es dable advertir que no se da el supuesto de la causa *"Mendoza"*, publicada en Fallos: 329:2316, v. cons. 11 a 16, toda vez que ésta sólo se refiere a los casos en que las provincias no resulten aforadas en forma autónoma a la instancia originaria de la Corte, como sí sucede en autos.

En tales condiciones y dado que la materia del pleito reviste un manifiesto carácter federal, opino que, cualquiera que sea la vecindad o nacionalidad de los actores (Fallos: 317:473; 318:30 y sus citas y 323:1716, entre otros), el proceso corresponde a la competencia originaria del Tribunal. Buenos Aires, 2 de noviembre de 2016. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 16 de abril de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 30/70 el señor Pedro Luis Sisti, por derecho propio, y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), promueven acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y de la ley 16.986 contra el Estado Nacional, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3° y 4° del decreto-ley 22.847, y que se ordene al Congreso Nacional que, para las próximas elecciones de diputados nacionales, actualice la representación al último censo poblacional realizado en el país, evitando incurrir en las inconstitucionalidades que se plantean mediante esta acción.

Explican que la actual composición de la Cámara de Diputados se ajusta a lo prescripto por el decreto-ley 22.847 (B.O. 25.214 del 14 de julio de 1983) de convocatoria a comicios generales para la elección de autoridades nacionales, provinciales y municipales, para el 30 de octubre de 1983.

Señalan que el art. 3° de la norma impugnada establece que "El número de diputados nacionales a elegir será de uno por cada 161.000 habitantes o fracción no menor a 80.500. A dicha representación se agregará, por cada distrito, la cantidad de 3 (tres) diputados, no pudiendo en ningún caso ser menor de 5 (cinco) diputados ni inferior a la que cada distrito tenía al 23 de marzo de 1976. El Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, elegirá dos (2) diputados.". Aclaran que al provincializarse el referido Territorio Nacional (ley 23.775), se aumentó su representación a cinco diputados.

A su vez, indican que en el art. 4° se fijó la representación de cada distrito en el orden nacional, tomando como base a tal efecto el censo de 1980.

Sostienen que los criterios establecidos en el decreto-ley afectan el principio de representación igualitaria previsto en los arts. 16 y 37 de la Constitución Nacional, 1.1, 23.1.b y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.1 y 25.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el principio de proporcionalidad que establecen los arts. 45 y 46 de nuestra Ley Fundamental.

Afirman que al no actualizarse el número de diputados de acuerdo al último censo del año 2010, manteniéndose de tal manera la misma representación desde hace más de 35 (treinta y cinco) años, el Estado Nacional está incurriendo en una violación, por omisión, del mandato explícito contenido en la parte final del art. 45, en cuanto establece que "Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado".

Aducen asimismo que a los efectos de que la Cámara de Diputados cumpla fielmente con su misión de representar al pueblo de la Nación, la asignación de bancas debe ser proporcional a la población de cada provincia, y que dicha proporcionalidad -establecida en el mismo art. 45, con los límites fijados por el art. 46 de dos diputados

como mínimo por distrito- se ve afectada por las previsiones contenidas en la norma cuestionada.

Alegan que al comparar los dos extremos poblacionales se ve reflejada la distorsión en la representatividad. En tal sentido destacan que, de acuerdo al resultado del censo realizado en 2010 y a la cantidad de diputados que actualmente tiene asignados la Provincia de Buenos Aires (setenta en total, art. 4° del decreto-ley 22.847), la representación en dicho distrito es de uno cada 222.778 habitantes, mientras que en el caso de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, que cuenta con cinco diputados (conf. art. 3° de la norma citada), la proporción es de uno cada 25.238 electores.

Exponen que tal situación incide directamente en la cantidad de votos necesaria para obtener una banca, ya que hacen falta una cantidad inferior en los distritos con menor población.

Concluyen que mantener la distribución prevista en la reglamentación cuestionada que toma como base de cálculo al censo realizado en 1980, importa desconocer la evolución demográfica que se ha producido desde entonces y relegar a una subrepresentación política a los grupos que habitan territorios con más crecimiento poblacional.

Solicitan la citación como terceros al pleito de las 23 provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que –según esgrimen- sus intereses se verían directamente afectados al discutirse en la causa la modificación de la atribución de bancas que a cada una le corresponde en la Cámara de Diputados de la Nación.

También requieren la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación y de los defensores del pueblo provinciales, con fundamento en el art. 86 de la Constitución Nacional.

2°) Que el Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art. 24, inciso 1°, del decreto-ley 1285/58) porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986 (Fallos: 312:640; 313:127 y 1062; 322:1514).

A su vez, para que proceda la referida competencia, es necesario que una provincia revista el carácter de parte en el pleito, no solo en sentido nominal -ya sea como actora, demandada o tercero- sino también sustancialmente, esto es, que tenga en el litigio un interés directo de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria (Fallos: 312:1227 y 1457; 322:1511 y 2105, entre muchos otros).

3°) Que, en tales condiciones, solo resultaría justificada la competencia originaria del Tribunal prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, si se llegase a la conclusión de que las 23 provincias argentinas deben ser citadas al proceso como terceros en los términos en que se pretende; extremo que exige desentrañar si cabe considerarlas parte sustancial en la cuestión planteada.

4°) Que de los términos de la demanda -a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, de conformidad con el art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 322:2370; 323:1217-, se desprende que los actores impugnan los criterios para la asignación de bancas en la Cámara de Diputados establecidos en los arts. 3° y 4° del decreto-ley 22.847, y manifiestan que el objeto de la acción consiste en que, una vez declarada su invalidez, se ordene al Congreso que, para las próximas elecciones, actualice la representación con arreglo al último censo realizado en 2010, atribuyéndole en tal sentido una omisión legislativa al Estado Nacional, en violación del expreso mandato constitucional contenido en el art. 45 de la Ley Fundamental.

En ese marco, el alcance de la pretensión no permite atribuirles a las provincias argentinas -ni a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-, el carácter de partes sustanciales, pues el objeto del litigio demuestra que es el Estado Nacional, a través del Poder Legislativo, el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio de los derechos que se denuncian como violados, en el supuesto de admitirse la demanda (arg. Fallos: 330:555, considerando 7°); máxime cuando, los integrantes de la Cámara de Diputados, cuya composición actual se cuestiona, no representan a las provincias o distritos electorales por los que son elegidos, sino al pueblo que los elige directamente (art. 45, Constitución Nacional).

5°) Que, por otro lado, teniendo en cuenta el objeto perseguido mediante esta acción, cual es, la declaración de inconstitucionalidad de

una ley y la conminación al Poder Legislativo para el dictado de otra en su lugar en un plazo determinado, la citación de las provincias en los términos pretendidos importaría tanto como convertir al Tribunal en un órgano deliberativo con el fin último de obtener una sentencia que determine los criterios a los cuales debería ajustarse el legislador a los efectos del dictado de la norma omitida, pretensión que exigiría apartarse del procedimiento habilitado por la Constitución para la formación de las leyes, arrogándose el Poder Judicial mayores facultades que las que le han sido conferidas expresamente, e invadiendo de ese modo la órbita de competencias exclusivas del Congreso Nacional, al que el constituyente le encomendó expresamente su dictado (art. 45, Constitución Nacional).

6°) Que la soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación. Por ello, el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras (Fallos: 328:175), y no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional (Fallos: 336:760).

Esto es así, pues la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución. Ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas (Fallos: 137:47; 316:2940, entre otros).

7°) Que la misión más delicada de la justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder menoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (Fallos: 155:248; 316:2940).

8°) Que, en ese marco, no es posible mediante el instituto procesal de la intervención de terceros, transformar al Tribunal en un nuevo foro en el que se debatan cuestiones que deber ser tratadas en otros cauces deliberativos, distintos a esta jurisdicción restrictiva y excepcional.

A su vez, la indiscutida raigambre constitucional de la competencia originaria y exclusiva de esta Corte impide ampliar su rígido contenido con fundamento en reglas funcionales de orden procedimental (Fallos: 329:2316).

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar que la presente causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda (en disidencia)– Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti (según su voto).

Voto del Señor Ministro Doctor Don Horacio Rosatti

Considerando:

1°) Que a fs. 30/70 el señor Pedro Luis Sisti, por derecho propio, y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), promueven acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y de la ley 16.986 contra el Estado Nacional, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3° *in fine* y 4 del decreto-ley 22.847, y que se ordene al Congreso Nacional que, para las próximas elecciones a la Cámara de Diputados de la Nación, actualice la representación al último censo poblacional realizado en el país, evitando incurrir en las inconstitucionalidades objetadas, a saber, el garantizar a los distritos electorales: a) un número mínimo de diputados igual al de la elección de 1976; b) un mínimo de cinco diputados por provincia, y c) la suma de 3 diputados a cada jurisdicción de lo correspondiente a 1983.

Explican que la actual composición de la Cámara de Diputados se ajusta a lo prescripto por el decreto-ley 22.847 (B.O. 25.214 del 14 de julio de 1983) de convocatoria a comicios generales para la elección de autoridades nacionales, provinciales y municipales, para el 30 de octubre de 1983. Señalan que el art. 3° de la norma impugnada establece que "*el número de diputados nacionales a elegir será de uno por cada 161.000 habitantes o fracción no menor a 80.500. A dicha representación se agregará, por cada distrito, la cantidad de 3 (tres) diputados, no pudiendo en ningún caso ser menor de 5 (cinco) diputados ni inferior a la que cada distrito tenía al 23 de marzo de 1976. El Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, elegirá dos (2) diputados*". Aclaran que al provincializarse el referido territorio nacional (ley 23.775), se aumentó su representación a cinco diputados. A su vez, indican que en el art. 4° se fijó la representación de cada distrito en el orden nacional, tomando como base a tal efecto el censo de 1980.

Sostienen que los criterios establecidos en el decreto-ley afectan el principio de *representación igualitaria* previsto en los arts. 16 y 37 de la Constitución Nacional, 1.1, 23.1.b y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.1 y 25.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el principio de *proporcionalidad* que establecen los arts. 45 y 46 de nuestra Ley Fundamental, por lo que "*deforman la manda constitucional y alteran injustificadamente la representación que constitucionalmente debe tener la Cámara de Diputados*".

Afirman que al no actualizarse el número de diputados de acuerdo al último censo del año 2010 el Estado Nacional está incurriendo en una violación, por omisión, del mandato explícito contenido en la parte final del art. 45, en cuanto establece que "*después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado*". Expresan que "*mantener la distribución de bancas que surge del censo de 1980 conlleva desconocer treinta y cinco años de evolución demográfica y relegar a una sub-representación política a los grupos que habitan territorios con más crecimiento poblacional*".

A su vez, con específica referencia a los topes mínimos consagrados por el decreto-ley impugnado, sostienen que desnaturalizan las

previsiones de la norma fundamental argentina, conforme a la cual "… *El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos*" (art. 45), y se ordena al Congreso adecuar el número de representantes al censo poblacional que se realice cada diez años (art. 47), pudiendo aumentarla, pero no disminuirla (art. 45).

En síntesis, aducen que a los efectos de que la Cámara de Diputados cumpla fielmente con su misión de representar al pueblo de la Nación, la asignación de bancas debe ser proporcional a la población de cada provincia, y que dicha proporcionalidad -establecida en el mismo art. 45, con los límites fijados por el art. 46 de dos (2) diputados como mínimo por distrito- se ve afectada por las previsiones contenidas en la norma cuestionada.

Como un ejemplo de desproporción destacan que, de acuerdo al resultado del censo realizado en 2010 y a la cantidad de diputados que actualmente tiene asignados la Provincia de Buenos Aires (setenta en total, art. 4° del decreto-ley 22.847), la representación en dicho distrito es de 1 cada 222.778 habitantes, mientras que en el caso de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, que cuenta con cinco diputados (conf. art. 3° de la norma citada), la proporción es de 1 cada 25.238 electores. Exponen que tal situación incide directamente en la cantidad de votos necesaria para obtener una banca, ya que hacen falta una cantidad inferior en los distritos con menor población. Concluyen que mantener la distribución prevista en la reglamentación cuestionada que toma como base de cálculo al censo realizado en 1980, importa desconocer la evolución demográfica que se ha producido desde entonces y relegar a una subrepresentación política a los grupos que habitan territorios con más crecimiento poblacional.

Con relación al actor Sisti, sustentan su legitimación activa individual homogénea en su carácter de elector de la Provincia de Buenos Aires, por lo que las normas y omisiones impugnadas, sostienen, le causan un agravio concreto en sus derechos electorales ya que su "*voto tiene menor valor que el de ciudadanos de Tierra del Fuego, La Rioja o Santa Cruz (por mencionar algunos ejemplos)*". Asimismo, expresan que los derechos afectados cumplen con las características destacadas por el Máximo Tribunal en "*Halabi*" respecto de los derechos individuales homogéneos, y obligan a su tutela por la vía colectiva.

Así, consideran que se verifica: a) la divisibilidad de los derechos individuales afectados; b) una causa fáctica homogénea que provoca una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales (la no actualización conforme al nuevo censo y la fijación de topes mínimos regulados por el decreto ley impugnado); c) la razonabilidad de realizar un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada, ya que la decisión, invocan, afectaría a "*todos los votantes del país, especialmente reparando la discriminación que sufren quienes se encuentren en las provincias que tengan una sub-representación*"; d) el hecho de que el objeto procesal se encuentra enfocado en el aspecto colectivo de los efectos del hecho; y e) que el interés individual aislado no justifica la promoción de demandas individuales.

Con respecto a la asociación litisconsorte, invocan su legitimación activa por ser una entidad apartidaria y sin fines de lucro cuyos propósitos son la promoción de los derechos fundamentales de las personas en aquellas situaciones en que aquellos se vean amenazados, la defensa de los derechos básicos de las personas sin distinción y la defensa de los derechos de las personas a través de los mecanismos legales previstos en el sistema constitucional mediante actuaciones en el ámbito administrativo o judicial (cfr. art. 3 de su Estatuto).

Además de postular la intervención pasiva del Estado Nacional "*ya que es quien ha incurrido en la omisión de no actualizar la representación en Diputados en relación a los últimos 3 censos*", solicitan la citación como terceros al pleito de las 23 provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pues –según esgrimen- sus intereses se verían directamente afectados al discutirse en la causa la modificación de la atribución de bancas que a cada una le corresponde en la Cámara de Diputados de la Nación. Entienden que las provincias que tienen una subrepresentación en la Cámara de Diputados por la normativa impugnada (Buenos Aires, Córdoba, Mendoza, Salta y Santa Cruz), podrían ser legitimadas activas o terceras interesadas. Por su parte, aquellas que tienen sobrerepresentación, podrían adquirir -a su criterio- el carácter de legitimadas pasivas o terceras interesadas (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Catamarca, Chubut, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Neuquén, Río Negro, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tierra del Fuego). Finalmente invocan la calidad de terceros interesados de las provincias en las cuales su representación no varía de actualizarse el

número de diputados, y declararse inconstitucionales tales normas (Chaco, Misiones, Tucumán).

Por último, también requieren la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación y de los defensores del pueblo provinciales, con fundamento en el art. 86 de la Constitución Nacional.

2°) Que, en síntesis, en el presente caso se invoca la omisión de cumplimiento de un mandato ínsito en el art. 45 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que "(*d)espués de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado*". Sostienen los actores que tal norma se ve quebrantada frente a la falta de actualización, por un período de casi treinta años, de la representación en Diputados. En esa inteligencia, invocan que ello importa la vulneración del principio de proporcionalidad que establecen los arts. 45 y 46 de nuestra Ley Fundamental, y genera un agravio concreto en el derecho a voto de los electores de las provincias subrepresentadas.

3°) Que es preciso resaltar la particular trascendencia de la cuestión debatida en el *sub examine*, en cuanto se vincula de manera directa con el sistema democrático consagrado por la Constitución Nacional y la fuerza normativa de los mandatos constitucionales.

En efecto, el sistema democrático sostenido por la Norma Fundamental argentina (arts. 36 y 75, inciso 19, tercer párrafo), exige garantizar la representación popular en los órganos de base electoral, en base a los principios de representación igualitaria (previsto en los arts. 16 y 37 de la Constitución Nacional, pautas que reciben reconocimiento expreso en un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, conforme lo dispuesto por el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional –arts. 1.1, 23.1.b y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.1 y 25.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-), y de proporcionalidad (que establecen los arts. 45 y 46 de nuestra Ley Fundamental).

Tales predicamentos toman especial relevancia en torno al Poder Legislativo pues, como ha sostenido este Tribunal "*en todo Estado soberano el poder legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de*

la soberanía…" (Fallos: 180:384; 182:411; 318:1154, voto de los jueces Petracchi y Bossert; 328:2056, voto del juez Maqueda, recordado en "*Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro*", Fallos: 342:917, voto de los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti, considerando 4°) (…) "*es el genuino representante del pueblo y su carácter de cuerpo colegiado la garantía fundamental para la fiel interpretación de la voluntad general…*" (Fallos: 201:249, 269). Es que en el debate legislativo se traduce de forma más genuina la participación de todas las voces sociales y se consolida la idea fundamental de participación y decisión democrática, afianzándose de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa. Con más razón aun cuando de la omisión señalada se colige un agravio concreto en derechos constitucionales, como es, conforme sostienen los demandantes, el sufrido por los residentes y electores de diputados nacionales por las provincias subrepresentadas (para el caso del actor, la Provincia de Buenos Aires).

La exigencia constitucional de la igualdad de valor del sufragio electoral se desprende de la Constitución Nacional en cuanto consagra las características del sufragio en su art. 37, definiéndolo como "universal, **igual**, secreto y obligatorio" (énfasis agregado). En ese marco, el respeto por los valores constitucionales señalados hace a la "pureza del sufragio", sobre lo cual ha considerado la Corte que es "*la base de la forma representativa de gobierno sancionada por la Constitución Nacional, y es de importancia substancial reprimir todo lo que puede contribuir a alterarla*" (arg. Fallos: 9:314; 338:628; 342:343, entre otros).

Por su parte, al cuestionar la omisión de cumplimiento de mandatos constitucionales concretos, el objeto de la pretensión procura garantizar la "fuerza normativa de la Constitución" frente a omisiones de los poderes del Estado. En efecto, "*la Constitución obliga y vincula porque tiene vigor normativo*" (Bidart Campos, Germán, "Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales", Bazán, Víctor (Coord.): "Inconstitucionalidad por omisión", Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pág. 3, vr. Hesse, Konrad, "Escritos de derecho constitucional", traducido por Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 61; Fallos: 340:1795, *in re* "*Castillo*", voto parcialmente disidente del juez Rosatti, considerando 15).

En este sentido, "*para que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la constitución, mediante alguna forma de control que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio*" (Bidart Campos, Germán, "El derecho de la constitución y su fuerza normativa", Buenos Aires, Ed. Ediar, 1995, pág. 21).

4°) Que más allá de la trascendencia de la cuestión debatida en el *sub judice*, de lo que se da cuenta en el considerando anterior, es preciso analizar si esta Corte se encuentra habilitada para asumir la acción interpuesta en el marco de su jurisdicción originaria y exclusiva prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, que -como es sabido- no puede ser ampliada, restringida, ni modificada por persona o poder alguno (Fallos: 342:1417), y debe surgir, en forma manifiesta, de la realidad jurídica subyacente en la causa, más allá de la voluntad de los litigantes en sus expresiones formales (Fallos: 342:1299, entre muchos otros).

En ese marco, cabe recordar que para que proceda la referida competencia, es necesario que una provincia revista el carácter de parte en el pleito, no solo en sentido nominal -ya sea como actora, demandada o tercero- sino también sustancialmente, esto es, que tenga en el litigio un interés directo de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria (Fallos: 312:1227 y 1457; 322:1511 y 2105, entre muchos otros).

Por su parte, el Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art 24, inciso 1°, del decreto-ley 1285/58) porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el

art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986 (Fallos: 312:640; 313:127 y 1062; 322:1514).

5°) Que de los términos de la demanda (a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, de conformidad con el art. 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 322:2370; 323:1217), se desprende que los actores impugnan, por vía de una acción de amparo, los criterios para la asignación de bancas en la Cámara de Diputados establecidos en los arts. 3° y 4° del decreto-ley 22.847, y manifiestan que el objeto de la acción consiste en que -una vez declarada su invalidez- se ordene al Congreso que, para las próximas elecciones, actualice la representación con arreglo al último censo realizado en 2010, y que, en dicha actualización, omita incluir los topes mínimos impugnados.

El litis consorcio activo se encuentra determinado, en primer lugar, por el actor, quien sustenta su legitimación activa individual homogénea en su carácter de elector de la Provincia de Buenos Aires, mientras que la asociación sostiene la representación colectiva de los restantes electores subrepresentados. El objeto del litigio, en los términos en que fue articulada la demanda, revela que es el Estado Nacional a través del Poder Legislativo el único obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio de los derechos que se denuncian como violentados, en el supuesto de admitirse la pretensión (arg. Fallos: 330:555, considerando 7°).

En tales condiciones, solo resultaría justificada la competencia originaria del Tribunal prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional si se llegase a la conclusión de que alguna/s o todas las 23 provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debieran ser citadas al proceso como terceros en los términos en que se pretende (tanto respecto a su condición de subrepresentada o sobrerepresentada), extremo que exige desentrañar si cabe considerarlas parte sustancial en la cuestión planteada.

6°) Que este Tribunal ha sido enfático en sostener que la condición de parte de la provincia a los fines de la competencia originaria de la Corte la *"debe llenar tanto en un orden nominal -por figurar expresamente como tal en el juicio, sea como actora, demandada o tercero- como también en sentido sustancial, por ser titular de la relación jurídica en que se sustenta la pretensión […] al tener un interés di-*

recto en el pleito que surja en forma manifiesta de la realidad jurídica, más allá de las expresiones formales usadas por las partes y de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria, […] ya que de no ser así, quedaría librada a la discrecionalidad de los litigantes la determinación de una competencia que por ser de raigambre constitucional reviste el carácter de exclusiva y, por ende, insusceptible de extenderse, por persona ni poder alguno" (Fallos: 330:5095 y causa CSJ 600/2016 "*Avanzatti, Emilia Zunilda Alejandra y otros e/ Entre Ríos, Provincia de y otro s/ ordinario*", de fecha 29 de agosto de 2017, entre muchas otras).

En ese marco, el alcance de la pretensión deducida en el presente no permite atribuirles a las provincias argentinas, ni a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el carácter de partes sustanciales. En efecto, cabe recordar que los integrantes de la Cámara de Diputados, cuya composición actual se cuestiona, no representan a las provincias o distritos electorales por los que son elegidos, sino al "pueblo" que los elige directamente (art. 45, Constitución Nacional), correspondiendo la representación territorial de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la Cámara de Senadores.

Así lo ha enfatizado la doctrina, al señalar que "*claramente deslinda la Constitución el carácter representativo de cada una de las Cámaras del Congreso. La de diputados representa a la Nación en la totalidad de los individuos que forman el pueblo, sin más relación con la entidad de las Provincias a que pertenecen, que la residencia en ellas, y la necesidad de dividir el territorio a los efectos de la práctica del sufragio. Como todo individuo está sujeto a dos soberanías distintas, la de la Nación y de las Provincias, es posible confundir la línea divisoria entre ambas; pero también es fácil concebir el hecho de que unas personas representen sumas diversas de individuos sometidos a la soberanía nacional, y otras representen a la totalidad de la soberanía de cada Provincia. Es lo que ha establecido la Constitución: 1°. La Cámara de Diputados representa la totalidad del pueblo de la Nación, individualmente sumado el de todas las Provincias reunidas: es la verdadera asamblea del pueblo. 2° El Senado representa a las Provincias y la Capital, en su carácter de Estados, con gobiernos y derechos colectivos, tales como la Constitución los reconoce, y como concurrieron a dictarla: es la asamblea de todas las Provincias que forman la federación nacional*" (González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", Estrada, Buenos Aires, 1983, págs. 350/351).

El diseño descripto tiene su modelo en la Constitución de los Estados Unidos, en la que -conforme ha sostenido Alexis de Tocqueville- "*el principio de la independencia de los Estados triunfó en la formación del Senado y el dogma de la soberanía nacional, en la composición de la Cámara de Representantes*" ("La Democracia en América", Fondo de Cultura Económica, México, Buenos Aires, segunda edición, 1963, pág. 121).

La diferencia representativa se proyecta en la composición cuantitativa de las cámaras, pues aunque las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conforman distritos electorales diferentes, en el caso de los diputados el número de ellos es dispar en cada jurisdicción, en tanto en el caso de los senadores el número es igualitario. También se expresa esta diferencia en la disímil competencia asignada a las cámaras, ya sea por la intervención dominante de una cámara –convertida en cámara de origen y consecuentemente habilitada para dirimir un proyecto legislativo- conforme a los temas tratados, ya sea por medio de la intervención excluyente de la Cámara de Senadores en asuntos considerados de especial relevancia para las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya sea por medio de la intervención sucesiva de ambas cámaras en caso de juzgamiento político de los funcionarios más relevantes.

Más allá de las disquisiciones doctrinarias en torno a si los diputados representan al sujeto colectivo "pueblo" (lo que es negado por Bidart Campos, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Tomo II A, Ediar, Buenos Aires, 2009, pág. 504), o si lo hacen en nombre de la "Nación" (criterio de Sagüés, Néstor Pedro, "Derecho Constitucional. Estatuto del Poder", Astrea, Buenos Aires, 2017, pág. 254), lo que se colige de manera clara del texto constitucional argentino es que los diputados no representan a las provincias y la ciudad constitucional federada de Buenos Aires, en cuanto entes autónomos del sistema federal, por lo que no corresponde atribuirles a los mismos el carácter de parte (activa o pasiva) en el presente caso a los fines de generar la competencia originaria y exclusiva de esta Corte, que –por otra parte- tiene un contenido constitucional rígido no susceptible de ser ampliado con fundamento en reglas funcionales de orden procedimental (Fallos: 329:2316).

7°) Que la decisión que se adopta no implica que esta Corte abdique de su rol de guardián de los principios republicanos consagrados por la

Constitución Nacional y del buen funcionamiento del mecanismo del gobierno democrático. Por el contrario, eventualmente podrá intervenir en una causa como la presente en caso de cuestionarse el principio de igualdad titularizado no ya por una provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –por las razones antedichas- sino por uno o varios electores –sea en un proceso individual o colectivo-; en tal caso la intervención de este Tribunal corresponderá, de así entenderlo, por la vía de apelación.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar que la presente causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General y, oportunamente, archívese.

HORACIO ROSATTI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que Pedro Luis Sisti y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) iniciaron un amparo colectivo contra el Estado Nacional a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3° y 4° del decreto-ley 22.847 (conocido como "Ley Bignone", B.O. del 14 de julio de 1983).

De acuerdo a ese decreto-ley, el número de diputados nacionales a elegir "*será de uno por cada 161.000 habitantes o fracción no menor de 80.500. A dicha representación se agregará, por cada distrito, la cantidad de tres (3) diputados, no pudiendo en ningún caso ser menor de cinco (5) diputados ni inferior a la que cada distrito tenía al 23 de marzo de 1976*", ello "*tomando como base a tal efecto el censo practicado en 1980*".

Los demandantes afirman que estos parámetros reglamentarios desnaturalizan de dos maneras el estricto criterio de proporcionalidad de acuerdo a la población que por imperativo constitucional debe reflejar la Cámara de Diputados de la Nación según los arts. 45 y 47 de la Constitución Nacional.

En primer lugar, sostienen que el decreto-ley no solamente fija una cantidad mínima de cinco bancas sino que además añade tres escaños a todas las provincias, lo cual tuerce la relación entre diputados y cantidad de habitantes ordenada por la Ley Suprema. Afirman que ante la claridad del texto constitucional que en su art. 45 indica que los diputados serán "*elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires*", que las provincias y la ciudad se "*consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado*", que el "*número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos*" y que el Congreso podrá "*aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado*", no puede justificarse un mínimo de 5 diputados por provincia independientemente de su población ni el agregado de 3 diputados a todas y cada una de ellas. Además, critican que la norma establezca otro piso mínimo como la cantidad de bancas que les supieron corresponder en 1976.

En segundo lugar, plantean que la distorsión de la regla de proporcionalidad se agrava aún más porque la población que se computa para la asignación de escaños es la de 1980 en lugar de la actual. Al mantenerse hasta hoy esa fotografía censal de 1980 que ordenó el decreto-ley, continúan su razonamiento los demandantes, se obtura la actualización que debe reflejar la Cámara de Diputados al ritmo del crecimiento de la población. Sostienen que esta omisión de actualizar la base censal para el cálculo de bancas "conlleva a desconocer treinta y cinco años de evolución demográfica" y a relegar la representatividad de quienes "habitan territorios con más crecimiento poblacional" (fs. 37). Critican que para definir la cantidad de diputados a elegir no toma en cuenta la población según el último censo de 2010, sino el practicado en 1980, a pesar de que el citado art. 47 de la Constitución precisa que "deberá realizarse el censo general, *y arreglarse a él el número de diputados*" y que el artículo 45 también precisa que "[*D*]*espués de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo*". En razón de todo ello, solicitan que esta Corte ordene que "para las próximas elecciones a la Cámara de Diputados de la Nación, el Congreso Nacional actualice la representación al último Censo Poblacional realizado en el país y fije las nuevas representaciones".

2°) Que la señora Procuradora Fiscal dictaminó que la demanda corresponde a la competencia originaria de esta Corte Suprema.

3°) Que de acuerdo a la tradicional jurisprudencia de este Tribunal, uno de los supuestos en que corresponde su jurisdicción originaria comprende a los conflictos que tienen como parte una provincia o la Ciudad de Buenos Aires y la acción entablada se funda directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 311:1588; 315:448; 322:1470; 323:2380 y 3279; 334:902; 339:525, entre muchos otros).

4°) Que los cuestionamientos al decreto-ley Bignone aparecen como una cuestión directa y exclusivamente basada en las normas constitucionales que estructuran la Cámara de Diputados. El planteo resulta, por tanto, central a nuestra organización federal ya que se enlaza, en última instancia, con definir a quién debe representar la Cámara de Diputados de la Nación.

5°) Que la Constitución Nacional inserta a la Cámara de Diputados en el marco de un sistema bicameral de representación asimétrica. Así, la Ley Suprema establece que la Cámara de Diputados será elegida "*directamente por el pueblo de las provincias*" y que "*el Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires*" (arts. 45 y 54).

Esa representación asimétrica de cada Cámara del Poder Legislativo de la Nación fue presentada como la solución a uno de los conflictos fundacionales de la Nación, eficazmente definido como el "viejo problema del antagonismo" entre las tendencias federales y unitarias (Joaquín V. González, Estudios Constitucionales, Librería y Editorial "La Facultad" Juan Roldán y Cía., Tomo I, 1930, pág. 46). Ese tipo de bicameralismo encuentra sus raíces incluso en antecedentes unitarios del constitucionalismo argentino como las constituciones de 1819 y 1826 que ya distinguían entre una Cámara de Senadores de Provincia y una de representantes compuesta por diputados elegidos en proporción a los habitantes y directamente por el pueblo (arts. III, IV y X de la Constitución de 1819, y arts. 9, 10, y 23 de la Constitución de 1826).

Juan Bautista Alberdi consideró que el bicameralismo mixto era la "manera práctica" de realizar la federación posible (cf. Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina, Buenos Aires, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017). En la lógica del proyecto de "Bases", el bicameralismo con representación asimétrica al amalgamar la tendencia unitaria y la federal

resolvería una disputa de poder costosa para la creación de la Nación (obra citada, pág. 144).

Así, el sistema mixto buscaría preservar la unidad nacional al "satisfacer dos necesidades del modo de ser actual de nuestro país" y reconocer, por una parte, que las provincias son iguales entidades políticas y, por otra parte, cuidar "la necesidad de dar a cada provincia en el Congreso una representación proporcional a su población desigual pues sería injusto que Buenos Aires eligiese un diputado por cada setenta mil almas, y que La Rioja eligiese uno por cada diez mil" (obra citada, pág. 145).

Con estas consideraciones es que el proyecto constitucional de Alberdi creaba "un Congreso general, formado de dos cámaras, que será el eco de las *provincias y el eco de la nación*" (obra citada, pág. 145). En ese diseño "la ejecución del sistema mixto que proponemos será realizable por la división del cuerpo legislativo general en dos cámaras: una destinada a representar las provincias en su soberanía local, debiendo su elección, en segundo grado, a las legislaturas provinciales, que deben ser conservadas; y otra que, debiendo su elección al pueblo de toda la República, represente a éste, sin consideración a localidades, y como si todas las provincias formasen un solo Estado argentino. En la primera cámara serán iguales las Provincias, teniendo cada una igual número de representantes en la legislatura general; en la segunda estarán representadas según el censo de la población, y naturalmente serán desiguales" (obra citada, págs. 144/145). Sobre estas premisas, su proyecto de Constitución Nacional proponía un Congreso Federal compuesto por una Cámara de Senadores de las Provincias y otra de Diputados de la Nación que "representa la nación en globo y sus miembros son elegidos por el pueblo de las provincias, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado" aclarando que "cada diputado representa a la Nación, no al pueblo que lo elige" (arts. 40, 52, y 61, Proyecto de Constitución Nacional en Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina, Buenos Aires, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017).

Fue a la luz de estos antecedentes y preocupaciones que finalmente la Constitución histórica asignó diferente autoridad a cada cámara (arts. 32, 33 y 42 de la Constitución de 1853 y arts. 36, 37 y 46 de la Constitución de 1860).

6°) Que la cuestión de a quién representa la Cámara de Diputados impregna las definiciones sobre su tamaño, la cantidad de habitantes o base de representación de cada escaño, la actualización censal, o los intentos históricos de asegurar alguna participación a los pueblos de las provincias menos populosas en el recinto. Todas estas definiciones también son constitutivas de la organización del poder federal.

En última instancia, estas regulaciones electorales dirimen el poder de cada banca de influir en la toma de decisión mayoritaria y, por ende, el poder de cada voto ciudadano de influir en el autogobierno. De hecho, tales asuntos no pasaron desapercibidos en nuestra historia constitucional. Una vez que la Constitución histórica definió que, a diferencia del Senado, la Cámara de Diputados representa al "*pueblo de las provincias*", la tensión ínsita en esta idea continuó expresándose en estas otras cuestiones vinculadas a cómo se conforma el recinto.

7°) Que puntualmente la cuestión de si debían garantizarse un mínimo de escaños en la Cámara de Diputados a cada distrito provincial atrajo acaloradas disputas reeditadas una y otra vez a lo largo de nuestra historia.

Alberdi en su proyecto había propuesto que "ninguna provincia dejará de tener un diputado, a lo menos" (art. 63 del Proyecto de Constitución Nacional en "Bases", obra citada de Juan Bautista Alberdi).

Los Constituyentes de 1853 si bien no tomaron su propuesta, sí establecieron para la primera legislatura un mínimo de 2 diputados para cada provincia. Ese número, según explicó Gorostiaga en el seno del Congreso Constituyente, surgió del precedente de 1826 "por no haber un censo" en ese entonces y en el interés de "no proceder tampoco arbitrariamente" (Congreso General Constituyente de 1853, número 44, sesión del 26 de abril de 1853, pág. 164).

La Constitución histórica fijó, a su vez, la relación de proporcionalidad entre habitante y diputado de manera que un diputado representaría veinte mil habitantes o una fracción que no baje del número de diez mil (art. 33 de la Constitución de 1853 y art. 37 de la Constitución de 1860). Esa relación se selló de manera tal que no se preveía la posibilidad de alterar tal tasa de representatividad a menos que se modificara la Carta Fundamental.

Bajo esos parámetros se conformaron las primigenias composiciones de la Cámara de Diputados. Después del primer censo nacional de 1869 el total de sus miembros pasó de 50 en 1860 a 86 en 1872 (conf. la ley 260 que anticipó su necesidad, las leyes 302, 308 y 504 que lo convocaron y las leyes 565 y 580 que aprobaron los resultados del primer censo nacional y su proyección en la Cámara de Diputados). La participación de cada provincia en el recinto no creció al mismo ritmo. Mientras la representación del pueblo de las provincias del litoral, en conjunto, escaló en más de un 100%, la representación del pueblo del resto de las provincias solo creció en un 50%. Este mayor crecimiento de las provincias del litoral puede haber influido en la demora que tomó la realización del segundo censo nacional: casi tres décadas.

En 1878, Avellaneda impulsó el segundo censo nacional pero el Senado archivó el proyecto de ley que, ya con media sanción de la Cámara de Diputados, ordenaba realizarlo (Otero, Hernán "Estadística y Nación", Prometeo, 2006, pág. 194). Recién en 1894, casi tres décadas desde el primer censo, la ley 3073 convocaría al segundo censo realizado en 1895 y aprobado en 1897 (según la ley 3498 del 10 de septiembre de 1897).

8°) Que en ocasión del segundo censo nacional se avivó nuevamente el debate sobre cómo debía ser la relación de representatividad en la Cámara de Diputados de la Nación, en particular respecto de la necesidad de garantizar un mínimo de bancas por provincia. La proyección política del censo se hacía entonces eco de otras preocupaciones sociales que dividían a la Nación. A fines del siglo XIX, al ritmo en que gran parte de la inmigración se asentaba en las provincias del litoral, se gestaba el temor a que tales provincias dominaran la Cámara Baja. Tan vigorosa fue la preocupación que convocó, nada menos, que a la reforma de la Constitución en 1898.

En efecto, apenas aprobados los resultados del segundo censo nacional, el Congreso convocó a la Asamblea Constituyente de 1898. Es que a la luz de los nuevos resultados demográficos que reflejaban una duplicación de la población nacional, se proyectaba una ampliación semejante de los miembros de la Cámara de Diputados y ello significaba una elevación insoportable de las erogaciones del tesoro público (de 86 a 193 miembros, cf. intervención de los Convencionales Álvarez y Giménez, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional, año 1898, Ravignani, págs. 777-785).

Toda vez que la Constitución histórica anclaba la tasa de representatividad sin admitir una modificación que no fuera por vía de reforma constitucional, el Convencional Álvarez sostuvo que el problema se reeditaría una y otra vez en el futuro: "una de las causas principales que han originado la ley de esta reforma, ha sido justamente que se han mirado como un fantasma los gastos exagerados que demandaría una cámara de representantes compuesta de 193 miembros [...] cada vez que se hiciera un nuevo censo llegaría otra vez el fantasma de este cuerpo tan caro [...] llegaría otra vez la necesidad de una nueva reforma ¿es esto posible? [...] se ha dicho, con mucha razón, que estas cartas constitutivas de los estados deben mirarse como un cofre sagrado que no debe abrirse sino en casos extremos" (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional, año 1898, Ravignani, pág. 778).

Si bien se invocó a Alberdi para recordar que la Cámara de Diputados representa al pueblo "sin consideración de la localidad" el debate sobre el preciso tamaño que debía tener la Cámara se vio prontamente teñido por la preocupación de las provincias más deshabitadas de asegurarse alguna participación para contrarrestar la influencia de otras más populosas (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional, año 1898, Ravignani, Leguizamón, pág. 809). El ya mencionado convencional Álvarez justificó porqué resultaba conveniente la fórmula de un diputado cada treinta y tres mil habitantes en lugar de otras alternativas: esa cifra permitía a la aritmética respetar las representaciones provinciales anteriores. Así alegó que "si los señores convencionales comparan la representación actual con la que se tendría adoptando la proporción de un diputado por cada treinta y tres mil habitantes, verán que casi todas las provincias mantienen su representación de ahora" (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional, año 1898, Ravignani, pág. 778).

La reforma procuraba prevenir asambleas legislativas excesivamente numerosas por resultar, según dijeron, ajenas a la tradición Hamiltoniana planteando "¿Qué nos haríamos con semejante monstruo parlamentario?" (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional, año 1898, Ravignani, págs. 786/787, intervención del Convencional Ayarragaray). Con esa precaución en miras se convocó a fijar "una base mínima de representación: no es posible disminuirla pero sí es posible aumentarla, después de

practicado cada censo" (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional, año 1898, Ravignani, pág. 787, intervención del Convencional Ayarragaray).

El incremento de la base de representación (y la posibilidad de que únicamente creciera a futuro), traía la obvia consecuencia de un riesgo de pérdida de bancas para los pueblos provinciales menos populosos. Representantes de las provincias más deshabitadas advirtieron entonces que no hay "en los precedentes de los congresos ni de las convenciones argentinas, un solo caso en que un estado haya entrado a formar parte de una asamblea con menor representación de la que disfrutara en las anteriores" y denunciaron que con esta reforma quienes ganaban "enormemente en su representación" eran las provincias del litoral y la capital de la república (cf. intervención de Sibilat Fernández, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional, año 1898, Ravignani, págs. 825 y 826).

Ante la acusación, el Convencional Ortiz de Rozas interrumpió el debate y cruzó "¡Gana el pueblo argentino, señor convencional!" (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional, año 1898, Ravignani, págs. 825 y 826).

En este contexto, el Convencional de Santa Fe, Carrasco, defendió el aumento de la base de representación para prevenir una Cámara de Diputados de dimensiones monstruosas, pero propuso asegurar al menos una banca a cada provincia. Sostuvo que no tenía sentido mantener bases pequeñas de representación pues "no se habría ganado nada y se habría perdido mucho" y ofreció un argumento seguramente dirimente (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional, año 1898, Ravignani, pág. 804). Explicó que si bien las provincias poco pobladas perderían diputados con la incrementada base de representación, la alternativa de mantener una base de representación como la vigente en ese entonces tampoco les ofrecía un mejor escenario. Mantener bajas bases de representación si bien no provocaría una pérdida de la cantidad de bancas para las provincias menos pobladas, sí les haría perder poder a esas bancas en un recinto más abultado pues "es sabido, en derecho administrativo que cuanto más numeroso es un cuerpo colegiado, es menor el número de personas que lo dirigen; y si se llega a cifras enormes, resulta que no son más que multitudes dirigidas por tres o cuatro cabezas" (Diario de

Sesiones de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional, año 1898, Ravignani, págs. 804 y 805).

También Carrasco puso en evidencia que la reforma podría llevar a que las provincias menos pobladas fueran perdiendo bancas hasta que un día "resultaría el fenómeno de que las provincias que han tenido diputados, que mandando senadores al Congreso, se encontrarían excluidas de tener representación en la cámara de diputados" (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional, año 1898, Ravignani, págs. 804/805).

A la luz de estas discusiones, se sometió a consideración de la Asamblea la introducción de una nueva cláusula constitucional que garantizara que "ninguna provincia eligirá menor número de diputados que el que actualmente elige" y otra propuesta por la que asegurara el piso mínimo de un diputado para cada provincia (conf. intervenciones de Carrasco y Sibilat Fernández, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional, año 1898, Ravignani, pág. 828). El Convencional Vivanco interpeló tales mociones "¿hay alguna provincia que hoy no tenga ningún representante?" (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional, año 1898, Ravignani, pág. 828). La respuesta fue contundente ya que a la luz de las normas imperantes "ahora no, pero podría suceder en el futuro" (cf. Intervención de Carrasco, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Reformadora de la Constitución Nacional, año 1898, Ravignani, pág. 828).

Lo cierto es que ninguna de las propuestas de garantizar pisos mínimos de representación prosperó. Así como la Constituyente originaria se había apartado de la propuesta de Alberdi que imponía un mínimo de un Diputado por el pueblo de cada provincia, la nueva asamblea reformadora explícitamente rechazaba dos propuestas en ese mismo sentido. En efecto, la nueva Cámara de Diputados según la reforma de 1898 redujo el número de representantes de los pueblos de Catamarca y Santiago del Estero que pasaron de 4 a 3 y de 7 a 5 representantes respectivamente (en un total de 120 integrantes). Catamarca volvería a tener la misma suerte en 1920, luego del censo de 1914, perdiendo incluso un escaño más.

9°) Que los defensores de las provincias menos habitadas no solo no lograron convencer a la Asamblea Constituyente de 1898 para in-

troducir un umbral mínimo de representación en la Cámara de Diputados, sino que corrieron igual suerte en las discusiones legislativas suscitadas con motivo del tercer censo nacional.

En los debates legislativos para la convocatoria del tercer censo nacional (ley 9108), Joaquín V. González –en su carácter de Senador por La Rioja y al explayarse sobre las implicancias del censo en la economía, cultura pública y vida política del país entre otras cuestiones– anticipaba y advertía que la distribución de bancas que hiciera el Congreso una vez que contara con los resultados demográficos "no habría de llegar a un extremo tal de privar a una provincia del mínimo de representación que actualmente ejerce, que, a su vez, está fundado sobre la que ejerció cuando la Constitución fue formada" (cf. debate legislativo de la ley 9108 en 1913, según "El Censo Nacional y la Constitución" Joaquín V. González, Buenos Aires, Instituto Cultural Joaquín V. González, 1931, pág. 48). Así llamó a preservar la representación de las provincias, a no "retroceder en su entidad política" por el resultado material del recuento de la población ya que existe un "mandato tácito" en las generaciones sucesivas de conservación "íntegra de las personalidades que realizaron el pacto federativo", y afirmó que tal representación mínima surge de los pactos preexistentes. Explicó que las provincias no son "sólo aglomeración de población, ni sumas totales de producción, son entidades sociales" (debate legislativo de la ley 9108 en 1913, según "El Censo Nacional y la Constitución" Joaquín V. González, Buenos Aires, Instituto Cultural Joaquín V. González, 1931, pág. 48). Es más, continuó por señalar que "las provincias argentinas que han constituido la unión nacional, no son simples creaciones de la Constitución ni de la ley, sino entidades preexistentes, que han tenido una personalidad política y social muy anteriores al hecho de la Constitución" (debate legislativo de la ley 9108 en 1913, según "El Censo Nacional y la Constitución" Joaquín V. González, Buenos Aires, Instituto Cultural Joaquín V. González, 1931, pág. 46).

La discusión sobre la asignación de bancas continuó al aprobarse los resultados del tercer censo de la Nación (ley 10.834, B.O. 22 de octubre de 1919). En esa oportunidad se sometió a consideración del Congreso la posibilidad de incluir una cláusula en la ley por la que ninguna provincia perdiera escaños. Puntualmente, añadir que "*no se disminuirá la representación actual de ninguno de los distritos electorales aun cuando así resultase de la proporción que fija esta ley*" (cf. sesiones del 9 y 11 de septiembre de 1919 en la Cámara de

Senadores, firmado entre otros por Joaquín V. González y sesión del 18 de septiembre de 1919 en la Cámara de Diputados). La propuesta buscaba prevenir "la supremacía del litoral" y más concretamente que Salta y Catamarca perdieran escaños (según el Diputado Méndez Casariego, debate de la sesión del 18 de septiembre de 1919 en la Cámara de Diputados, pág. 832). El Senador González defendió la participación de las provincias más deshabitadas y volvió sobre sus argumentos anteriores, esto es, que las provincias son "organismos indestructibles y de existencia anterior a la Constitución"; que por ello el Congreso en tanto producto de esa Constitución no tenía facultad para "cercenar la personalidad moral y territorial de las provincias ni su "personalidad política", por lo cual resultaba imperioso "conservar íntegramente el carácter representativo que corresponde a cada estado" (sesión del 26 de septiembre de 1918 en la Cámara de Senadores, págs. 715-718). Más adelante sostuvo que "un número excesivo de diputados en la cámara popular, no solamente afecta problemas de integridad representativa de la Nación, afecta la personalidad de las provincias, con la cual han entrado a formar parte de la unidad nacional" (debate de la sesión del 9 de septiembre de 1919 en la Cámara de Senadores, pág. 506).

Al considerar la propuesta, el Senador Melo la tachó de inconstitucional "no sólo como una consecuencia del precepto que establece que practicado cada censo se fije la representación por la población sino también en razón de otro antecedente, más claro y más perentorio: me refiero a la sanción de la Convención realizada el año 1898" (sesión del 9 de septiembre de 1919 en la Cámara de Senadores, pág. 499). Melo recordó cómo en aquella Convención Constituyente se había descartado una iniciativa semejante a la que aquí se pretendía introducir por vía legislativa lo cual hacía de la propuesta actual una afronta a la voluntad constitucional (sesión del 9 de septiembre de 1919 en la Cámara de Senadores, pág. 499). En una línea similar se pronunciaron otros congresistas como los senadores Roca y del Valle Ibarlucea (sesión del 28 de septiembre de 1918, pág. 846, sesión del 9 de septiembre de 1919 en la Cámara de Senadores, pág. 510).

El Diputado Vergara también resistió la iniciativa al manifestarle a los demás legisladores que "sabemos que la cámara de diputados no representa propiamente a las provincias como entidades políticas sino que ella constituye, puede decirse, el mapa político en conjunto de toda la república, representa a todo el pueblo de la nación, y las provincias

no son sino simples distritos electorales" (debate de la sesión del 18 de septiembre de 1919 en la Cámara de Diputados, pág. 826).

Pero además ofreció otro argumento constitucional para rechazar la propuesta. Explicó que introducir mínimos de representación o escaños de añadidura violentaba además la manda de la reforma constitucional de 1898 de no disminuir la base de representación (actual art. 45 de la Carta Fundamental), pues agregar escaños a distritos menos poblados equivale a reducir la cantidad de habitantes que representa cada diputado de ese distrito. En este sentido indicó que "ante el texto expreso de la Constitución, que establece en el artículo 37, de acuerdo con la reforma de 1898, que no es posible bajo ninguna forma disminuir la base que se toma como cálculo para fijar la representación en el parlamento, no podemos dar a Salta ni a Catamarca, los diputados que les da el Senado. La base de 16.500 habitantes no puede modificarse y para darles esos diputados habría que tergiversar el espíritu y la letra de la constitución" (debate de la sesión del 18 de septiembre de 1919 en la Cámara de Diputados, pág. 827). Finalmente, respecto de los efectos de la inmigración sobre la representación especialmente en "el litoral, donde hay una gran población de aluvión, donde hay una gran masa extranjera", sostuvo que "la constitución en diversas partes habla de habitantes, sabemos que lo es para la Constitución todo aquel que reside en el territorio de la república con la intención de permanecer en él" (debate de la sesión del 18 de septiembre de 1919 en la Cámara de Diputados, pág. 827). De otra forma, concluyó, "falsearíamos el alcance de la Constitución y de los otros Constituyentes" de 1898 (debate de la sesión del 18 de septiembre de 1919 en la Cámara de Diputados, pág. 828).

10) Que a pesar de todo lo debatido la propuesta de garantizar escaños mínimos de representación -esta vez por vía legal a diferencia del debate Constituyente de 1898- nuevamente fracasó, de manera que Catamarca y Salta perdieron bancas. Sin embargo, en la práctica y por fórmula matemática los pueblos de cada provincia continuaron preservando como hasta entonces, al menos, dos escaños.

La así sancionada ley 10.834, que finalmente aprobó el tercer censo nacional, fijó una nueva base de representación que conforme a los datos demográficos de la época resultó, en la práctica y por imperio matemático, en que ninguna provincia tuviera menos de dos escaños.

Ese umbral de dos diputados para cada distrito electoral que surgía de la práctica constitucional se perforó normativamente solo cuando el decreto-ley 15.100 (B.O. 20 de noviembre de 1957), considerando adecuada una base de representación de 85.000 habitantes, convocó a elecciones para un único diputado en varias provincias, tanto fundadoras como recientemente incorporadas.

11) Que, apenas reinstalada la democracia, el Congreso de la Nación deshizo el estándar de un diputado por distrito provincial de ese decreto del gobierno *de facto* de 1957. Así la ley 15.264 de 1959 impuso el mínimo de dos bancas por distrito como una manera de reinstalar una práctica constitucional (ley 15.264, B.O. 9 de enero de 1960).

La introducción de este piso respondió, entre otros motivos, a que la Provincia de La Rioja había visto reducida su participación de dos diputados a uno y ello, se argumentó en la exposición de motivos y en el debate, suscitaba obstáculos constitucionales y pragmáticos. Se explicó entonces que la reducción de la representación a un escaño violentaba la Constitución histórica -que había asignado en la primer legislatura 2 diputados a las provincias menos pobladas- y que "si bien la Constitución no lo deja expresamente establecido, la interpretación constructiva de su texto nos autoriza a sostener que ella no quiere que la representación que las provincias tuvieron en la época de su incorporación, sea disminuida" (Senador Fleitas, debate del 15 de noviembre de 1959, pág. 2724, en similar sentido los Senadores Vera Barros y Gallo, debate del 15 de noviembre de 1959, págs. 2725 y 2727).

Entre los argumentos adicionales que se ofrecieron para defender la idea de no disminuir la representación de las provincias, se recordó el antecedente de la ley 2089 de cesión de los territorios provinciales de Belgrano y Flores a la capital federal que estableció que tal cesión no iba a alterar la representación de la provincia en la composición del Congreso (sentido Senador Vera Barros debate del 15 de noviembre de 1959, pág. 2727). También se alegó que permitir que la representación de una provincia quedara reducida a un escaño generaba problemas de representación en aquellos casos en que el único diputado de un distrito debiera ausentarse por licencias o desplazamientos dentro del país (mediante el decreto 15.100 del 15 de noviembre de 1957 por el gobierno de facto, confr. debate de Senadores del 28 de octubre de 1959, págs. 1804/1805).

Ahora bien, el argumento crucial que se ofreció fue de índole constitucional: garantizar dos escaños para cada distrito electoral aparecía como la implementación de aquel mandato de la Ley Suprema por el cual la Cámara de Diputados debía representar al "*pueblo de las provincias*". Ni al pueblo ni a las provincias, sino al "*pueblo de las provincias*". Quienes apoyaban la moción reconocían que el propio texto de la Constitución no garantizaba un mínimo de bancas por distrito y que la propuesta se reñía con "la lógica estricta de la teoría constitucional, según la cual la organización de la Cámara baja ha de hacerse sobre la base de la población" (Senador Fleitas, debate del 15 de noviembre de 1959, pág. 2724). Pero tampoco podía ocurrir que los habitantes de una provincia, bajo algún supuesto, pudieran perder toda representación en el recinto de Diputados. La solución que se ofreció a este dilema fue identificar en el art. 45 de la Constitución la adopción de un sistema mixto de representación del "*pueblo de las provincias*" en lugar de "*un criterio puro de población*" (Senador Fleitas, debate del 15 de noviembre de 1959, pág. 2725).

12) Que el número de bancas de diputados garantizadas a cada distrito luego subió de 2 a 3 en 1972. El decreto-ley 19.862, al convocar a elecciones después de casi una década desde que se realizaran las últimas (B.O. 05/10/1972, completado por el decreto-ley 19.895) estableció que a la representación proporcional según el censo realizado en 1970 debía agregarse por cada distrito –incluyendo a la Capital Federal– "la cantidad de tres diputados, que será la mínima que le corresponda en la Cámara de Diputados de la Nación: con excepción del pueblo del Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud que será de dos" (art. 13). El decreto-ley Bignone vino, entonces, a incrementar todavía más esta base mínima de representación.

13) Que a la alteración de la representación proporcional ya señalada se suma la omisión de actualizar la base de datos censal tomándose como fotografía demográfica hasta la actualidad la de 1980, esto es la señalada por el decreto-ley Bignone.

En efecto, la Constitución obliga a realizar censos nacionales y, después de su realización, desde la reforma de 1898, ordena al Congreso fijar "*la representación con arreglo al mismo*" (art. 45). La historia de la determinación de las bancas en la Cámara de Diputados se enlazó, como revelaron los antecedentes, a la de los censos nacionales como uno de los asuntos neurálgicos de la democracia y no exento de discordias.

Ante el fundamento netamente constitucional del planteo, debe recordarse que esta Corte Suprema ya ha advertido *sobre los graves desajustes institucionales que emergen de la demora excesiva e injustificada por parte de los poderes constituidos federales o provinciales en cumplir con mandatos de hacer establecidos en la Constitución Nacional* (Fallos: 342:509, "Bazán").

Así sostuvo en 2014 que constituía una demora irrazonable violatoria del principio de autonomía municipal reconocido en el art. 123 de la Constitución Nacional que la Provincia de La Rioja no hubiese dictado en dieciséis años una ley de coparticipación municipal (Fallos: 337:1263, "Intendente Municipal Capital s/ amparo", criterio reiterado en la causa "Municipalidad de la Ciudad de La Banda", Fallos: 341:939).

En 2015, al fallar los tres casos referidos a la detracción de fondos de la coparticipación federal a las provincias de Santa Fe, San Luis y Córdoba, advirtió que conspiraba contra el federalismo el lapso de diecinueve años que había pasado desde la fecha fijada en la disposición transitoria 6ª de la Constitución Nacional para establecer un régimen de coparticipación federal conforme lo dispuesto en el inciso 2° del art. 75 de la Constitución Nacional (Fallos: 338:1356, considerando 39).

En 2019, frente a los términos del art. 129 de la Constitución Nacional que establece la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires consideró que constituía un supuesto de "inmovilismo" que no se hubiese llevado a cabo la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Fallos: 342:509 "Bazán").

En estos casos la Corte Suprema consideró que en virtud del tiempo transcurrido no se podía justificar razonablemente la demora en la concreción de los mandatos constitucionales aludidos y subrayó que "*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*" (Fallos: 337:1263 y 342:509).

14) Que desde la perspectiva de los demandantes, las pautas de alteración a la representación proporcional del decreto-ley Bignone y la omisión de actualizar la composición de esa Cámara hieren al cen-

tro del sistema bicameral de representación mixta que adoptó nuestra Constitución para afianzar la unión nacional como así también a las reglas más básicas de legitimidad democrática.

La cuestión federal que trae el planteo de inconstitucionalidad radica en definitiva en definir qué quiere decir la Constitución cuando indica que los diputados representan al "*pueblo de las provincias*". Este concepto del actual art. 45, al menos en su formulación, se distingue de los antecedentes de las constituciones unitarias de 1819 y 1826 que establecían que los diputados representarían directamente al pueblo de la Nación. El asunto sobre los escaños por provincia que garantiza el decreto-ley Bignone remitirá finalmente a una cuestión central para la organización del poder, esto es, si el "*pueblo de las provincias*" es el pueblo de la Nación, son las provincias, o una tercera categoría.

15) Que es a la luz de aquella precisa historia constitucional en torno a la idea de que la Cámara de Diputados representa "*al pueblo de las provincias*" que también debe analizarse el segundo recaudo de la competencia originaria.

En efecto, el segundo recaudo para que se suscite la competencia originaria consiste en que una provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -ya sea en su condición de actora, demandada, o tercera- participe en el pleito de forma sustancial, o sea, que tenga en el litigio un interés directo, de tal manera que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria (Fallos: 312:1227 y 1457; 313:144; 314:508; 322:1511 y 2105; 330:103, entre muchos otros).

16) Que lo cierto es que, en esta oportunidad, la definición sobre la competencia originaria se superpone con el planteo de inconstitucionalidad de los demandantes. Más concretamente, la definición de si una provincia debe intervenir en este pleito exige necesariamente responder a quién debe representar la Cámara de Diputados o más bien el significado y alcance de la noción del "*pueblo de las provincias*". Esto es, la misma pregunta que subyace al planteo de fondo, pues para resolver si los parámetros del decreto-ley Bignone tuercen la proporcionalidad de la representación de la Cámara de Diputados en primer lugar debe definirse a quién debe representar esa Cámara. Los debates constituyentes y legislativos reseñados en los considerandos 5° a 12 demuestran el reñido interés en la composición de la Cámara de Diputados que suscitó la defensa del interés "*del pueblo de las pro-*

vincias", tal la exacta fórmula que utiliza el art. 45 de la Constitución Nacional. Tal perspectiva es absolutamente entendible, pues podría ocurrir -bajo ciertas hipótesis- que el pueblo de una provincia llegue a carecer de banca alguna.

Debe tenerse presente que en esta instancia se define la competencia originaria sin sellar la suerte sobre la pregunta constitucional de fondo, esto es, qué significa que los diputados sean elegidos "*por el pueblo de las provincias*". Es por ello que, teniendo cuenta la excepcional trascendencia institucional del pleito, ateniéndose a los términos de la demanda, al decreto-ley impugnado y la historia que concentra la noción del "*pueblo de las provincias*", corresponde declarar la competencia originaria.

17) Que finalmente no puede pasar desapercibido a esta Corte que los actores traen, nada menos que, el decreto-ley del último gobierno *de facto* que estructura hasta hoy la relación de representatividad democrática de la Cámara de Diputados. Los planteos aquí efectuados denuncian una violación a la regla más básica de legitimidad y autogobierno del pueblo, asuntos que enardecieron de tal manera nuestra historia que se volvieron una promesa democrática refundacional en 1983, luego constitucionalizada en la reforma de 1994 (arts. 36 y 37, entre otros).

Pues bien, paradójicamente, la demanda enderezada a proteger el fiel funcionamiento del sistema democrático diseñado en la Constitución Nacional pone en evidencia que las reglas que gobiernan un acto cúlmine de autogobierno como las elecciones de Diputados son hasta hoy reglas que supo dictar un gobierno *de facto*.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve:

I) Declarar la competencia de esta Corte para conocer en esta causa por vía de su instancia originaria.

II) Comunicar la interposición de la demanda a la Procuración del Tesoro de la Nación, a los fines establecidos por los arts. 8° y 10 de la ley 25.344.

III) Una vez transcurrido el plazo del art. 10 de la ley 25.344, correr traslado al Estado Nacional de la demanda interpuesta.

IV) Citar en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por el término de sesenta días a las Provincias de Buenos Aires, Catamarca, Córdoba, Corrientes, Chaco, Chubut, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Tucumán, y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que comparezcan en la causa a tomar la intervención que pudiere corresponderles en defensa de sus derechos. A los fines de la notificación a los señores gobernadores y fiscales de Estado de las referidas provincias, al Jefe de Gobierno y al Procurador de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, líbrense sendos oficios a los respectivos juzgados federales de cada una de las ciudades capitales (art. 341 del código citado), cuyo diligenciamiento deberá ser acreditado en el expediente dentro del décimo quinto día de notificada la presente resolución. Notifíquese.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

Parte actora: **Pedro Luis Sisti, por derecho propio, y Asociación por los Derechos Civiles (ADC)**, representada por **su presidente**, **doctor Hernán V. Gullco, ambos con el patrocinio letrado del Dr. Alejandro E. Segarra.**

Parte demandada: **Estado Nacional, no presentado en autos.**

Terceros: **Las veintitrés provincias argentinas, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Defensor del Pueblo de la Nación y los defensores del pueblo provinciales, no presentados en autos.**

GCBA c/ CENTRO MÉDICO SANTA ISABEL S.A. s/ EJECUCIÓN FISCAL – INGRESOS BRUTOS – CONVENIO MULTILATERAL

JUICIO EJECUTIVO

Si bien en principio las sentencias en los juicios ejecutivos no refinen el carácter de definitivas, a los fines del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48, debido a la posibilidad que asiste a las partes de plantear nuevamente el tema, ya sea por parte del Fisco librando una nueva

boleta de deuda o por el ejecutado, mediante la vía de repetición, ello no implica que pueda exagerarse el formalismo hasta el extremo de admitir una condena por deuda inexistente cuando ello resulta manifiesto de autos, circunstancia que importaría un grave menoscabo de garantías constitucionales.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Los agravios del recurrente suscitan cuestión federal bastante para su examen por la vía elegida sin que obste a ello que las cuestiones debatidas sean de hecho, prueba y derecho público local -y, como regla, ajenas al recurso del art. 14 de la ley 48- toda vez que lo decidido sobre temas de esa índole -ejecución fiscal- admiten revisión en supuestos excepcionales cuando se omiten ponderar argumentos conducentes para la correcta solución del pleito e importan la aplicación mecánica de un precepto legal.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Tratándose de juicios de apremio, en forma excepcional, se admite la procedencia de la vía extraordinaria cuando resulta manifiesta la inexistencia de deuda exigible, pues lo contrario implica privilegiar un excesivo rigor formal con grave menoscabo de garantías constitucionales.

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

EJECUCION FISCAL

Los tribunales se encuentran obligados a tratar y resolver adecuadamente en los juicios de apremio las defensas fundadas en la inexistencia de deuda siempre y cuando ello no presuponga el examen de otras cuestiones cuya acreditación exceda el limitado ámbito de estos procesos, razón por la cual se concluye, sin dificultad, que no pueden ser tenidas como sentencias válidas las que omitan tratar en forma adecuada las defensas aludidas, toda vez que aquéllas han de gravitar fundamentalmente en el resultado de la causa.

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

EJECUCION FISCAL

Es arbitraria la sentencia que desestimó la excepción de inhabilidad de título y ordenó llevar adelante el juicio ejecutivo promovido por el fisco, pues la demandada acompañó documentación para acreditar la absorción y fusión por parte de otra sociedad, que la fusión fue realizada dentro de los lineamientos de la ley 19.550 y había dado cumplimiento a las disposiciones de publicidad exigidas por el artículo 83, inciso 1°, apartado b, de ese cuerpo normativo; que la sociedad incorporante absorbió todos los bienes, derechos, acciones y obligaciones de las sociedades absorbidas y realizó sucesivos cambios en su denominación social; y que se presentaron diversas declaraciones juradas con saldo cero a raíz de un error en el sistema registral de la CUIT en la AFIP.

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

EJECUCION FISCAL

Es arbitraria la sentencia que desestimó la excepción de inhabilidad de título y ordenó llevar adelante el juicio ejecutivo promovido por el fisco, pues el GCBA no controvirtió la fusión y correspondiente disolución de la ejecutada sino que, al contestar el traslado de las excepciones opuestas, sustentó el cobro de la deuda en que la sociedad absorbida no efectuó dentro del plazo legal oportuno, la denuncia de la alegada absorción por fusión ante la Dirección General de Rentas; es decir la solución definitiva del caso requería la simple constatación de la existencia de la persona jurídica demandada durante los períodos reclamados en la litis, circunstancia que no afectaba el carácter ejecutivo de la acción promovida.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

A fs. 214/215 del expediente de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado que obra agregado a estas actuaciones (a los que me referiré en las siguientes citas salvo que indique lo contrario), luce la copia de la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y

Tributario de la CABA (Sala III) que, por mayoría, rechazó el recurso de apelación presentado por la demandada y confirmó la sentencia de primera instancia, que había desestimado la excepción de inhabilidad de título y ordenado llevar adelante el presente juicio ejecutivo.

Para así decidir, ponderó que: i) Centro Médico Santa Isabel S.A. fue intimada administrativamente a presentar las declaraciones juradas correspondientes a los periodos reclamados en la boleta de deuda (posiciones 1 a 6 de 2009) y no surgía de las constancias del expediente su cumplimiento; ii) la demandada se encontraba inscripta con posterioridad al año 2009 en varios impuestos; y iii) la defensa de manifiesta inexistencia de deuda basada en la inactividad de la empresa -alegada por la recurrente- no podía sostenerse en virtud de que ella continuó presentando declaraciones juradas luego de la fecha de fusión que denunciaba.

-II-

Frente a ello, Centro Médico Santa Isabel S.A. interpuso el recurso de inconstitucionalidad cuya copia obra a fs. 216/226 que, denegado a fs. 237/238, originó su presentación en queja ante el Tribunal Superior de Justicia de la CABA (fs. 239/254).

El superior tribunal local -por mayoría- rechazó ese recurso al juzgar que no se había sido planteado contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (fs. 329/332).

-III-

Disconforme con esa decisión, la demandada presentó el recurso extraordinario que luce a fs. 336/357, cuya denegación (a fs. 375/376) motivó esta presentación directa.

Se queja de que, mediante afirmaciones dogmáticas y desatendiendo los fundamentos por ella esgrimidos que eran esenciales para resolver el asunto, el *a quo* dejó firme una sentencia que rechazó una excepción de inhabilidad de título fundada en la manifiesta inexistencia de la deuda reclamada. Dicha circunstancia entiende que habilita el remedio federal que intenta a partir de la arbitrariedad del fallo que cuestiona.

Concretamente, sustenta la arbitrariedad en que, al momento de decidir, los jueces omitieron valorar las siguientes cuestiones: i) que el certificado de deuda base de la ejecución correspondía al pago provisorio de impuestos vencidos, por lo tanto, que el reclamo fiscal se

basaba en una presunción que -según entiende- debería ser analizada restrictivamente; ii) durante los períodos fiscales que son objeto de reclamo (anticipos correspondientes a los meses comprendidos entre 7/2008 a 06/2009, ambos inclusive) Centro Médico Santa Isabel S.A. se encontraba disuelta, es decir, había finalizado su existencia como persona jurídica y, por lo tanto no tenía actividad económica, por lo que no pudo haber devengado el tributo -ni saldos a cuenta- tal como reclama el fisco; iii) las declaraciones juradas presentadas por la sociedad absorbente con saldo cero no deberían entenderse como una presunción de actividad sino que, por el contrario, ratifican la disolución y la consecuente inactividad comercial (conf. expedientes administrativos Nº 1946885/2011 y Nº 328960/2012) pues sostiene que "el hecho de haber quedado inscripta en algunos impuestos no hace que una sociedad disuelta reviva o readquiera su personalidad jurídica".

Vinculado con lo anterior, insiste en que si la cámara hubiese efectivamente analizado las declaraciones juradas presentadas por la empresa, lejos de presumir la existencia de actividad económica, habría advertido que fueron elaboradas y presentadas en todos sus ítems con valor cero y que ello obedeció a un problema administrativo interno que imposibilitó dar de baja la inscripción tributaria.

Por otra parte, denuncia que la sentencia desconoce lo establecido en la ley 19.550 en cuanto allí se determina que una sociedad disuelta finaliza su existencia como persona jurídica y, por lo tanto, no puede ejercer legalmente ningún tipo de actividad económica.

Finalmente, reitera que no pudo legalmente generar el hecho imponible previsto para el impuesto sobre los ingresos brutos, por lo tanto, la deuda plasmada en el título que se pretende ejecutar es inexistente.

-IV-

A mi juicio, el remedio federal intentado fue mal denegado ya que resultaba formalmente admisible pues, si bien en principio las sentencias en los juicios ejecutivos no reúnen el carácter de definitivas, a los fines del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48, debido a la posibilidad que asiste a las partes de plantear nuevamente el tema, ya sea por parte del Fisco librando una nueva boleta de deuda o por el ejecutado, mediante la vía de repetición (Fallos: 308:1230; 311:1724, entre otros); ello no implica que pueda exagerarse el formalismo hasta el extremo de admitir una condena por deuda inexistente cuando ello resulta manifiesto de autos (Fallos: 278:346; 298:626; 302:861; 312:178;

318:1151; 324:2008; 327:4474, entre otros), circunstancia que importaría un grave menoscabo de garantías constitucionales.

Por otro lado, los agravios del recurrente suscitan, desde mi punto de vista, cuestión federal bastante para su examen por la vía elegida sin que obste a ello que las cuestiones debatidas sean de hecho, prueba y derecho público local -y, como regla, ajenas al recurso del art. 14 de la ley 48- toda vez que lo decidido sobre temas de esa índole admiten revisión en supuestos excepcionales cuando, como en el presente, se omiten ponderar argumentos conducentes para la correcta solución del pleito e importan la aplicación mecánica de un precepto legal (conf. Fallos: 312:1054 y 327:4474) .

Finalmente, aprecio que la sentencia ha sido dictada por el superior tribunal de la causa que establece el ordenamiento local aplicable al título ejecutivo aquí en debate.

-V-

Despejado lo anterior, cabe recordar que, tratándose de juicios de apremio, V.E. ha admitido en forma excepcional la procedencia de la vía extraordinaria cuando resultaba manifiesta la inexistencia de deuda exigible, pues lo contrario implicaba privilegiar un excesivo rigor formal con grave menoscabo de garantías constitucionales (Fallos: 278:346; 298:626; 302:861, entre otros).

Conforme a ello, la Corte tiene reiteradamente dicho que los tribunales se encuentran obligados a tratar y resolver adecuadamente en tales pleitos las defensas fundadas en la inexistencia de deuda siempre y cuando ello no presuponga el examen de otras cuestiones cuya acreditación exceda el limitado ámbito de estos procesos, razón por la cual se concluye, sin dificultad, que no pueden ser tenidas como sentencias válidas las que omitan tratar en forma adecuada las defensas aludidas, toda vez que aquéllas han de gravitar fundamentalmente en el resultado de la causa (Fallos: 312:178; 327:4832 y 331:47).

-VI-

A la luz de tales directrices, aprecio que el tribunal apelado, al entender que el recurso era inadmisible, dejó firme una decisión que no había valorado las constancias probatorias aportadas por la ejecutada tendientes a demostrar, razonable y tempestivamente, la inexistencia de la deuda reclamada.

En efecto, a fin de probar su defensa, la demandada acompañó documentación para acreditar que: i) Centro Integral Santa Fe S.A. absorbió a Centro Médico Santa Isabel S.A. -entre otras sociedades que se disolvieron anticipadamente sin liquidarse- y fusionaron su patrimonio; ii) la fusión tuvo efecto a partir del 1° de septiembre de 1999, inclusive, fue realizada dentro de los lineamientos de la ley 19.550 y había dado cumplimiento a las disposiciones de publicidad exigidas por el artículo 83, inciso 1°, apartado b), de ese cuerpo normativo; iii) la sociedad incorporante absorbió todos los bienes, derechos, acciones y obligaciones de las sociedades absorbidas y realizó sucesivos cambios en su denominación social; y iv) Centro Médico Santa Isabel S.A. presentó diversas declaraciones juradas con saldo cero a raíz de un error en el sistema registral de la CUIT en la AFIP (ver copias certificadas que se acompañan en los autos principales a fs. 7 y 19/21 -declaraciones juradas-; fs. 49 -error reportado por AFIP- y fs. 55/83, especialmente a fs.61/62, escrituras públicas donde constan los términos de la fusión invocada por la ejecutante).

Por otra parte, observo que el GCBA no controvirtió la fusión y correspondiente disolución de la ejecutada sino que, al contestar el traslado de las excepciones opuestas, sustentó el cobro de la deuda en que la sociedad absorbida "no efectuó dentro del plazo legal oportuno, la denuncia de la alegada absorción por fusión ante la Dirección General de Rentas, por lo tanto, ante mi representada, continúa existiendo como sujeto pasible del pago del impuesto sobre los Ingresos Brutos" (fs. 180, 1° párr.). De aquí se deriva que el GCBA justificó la procedencia de la ejecución fiscal en la falta de cumplimiento del deber formal de informar que le correspondía a la empresa absorbida de acuerdo con lo establecido en el art. 85 del Código Fiscal de la CABA (t.o. 2012).

Frente a ello, pienso que la solución definitiva del caso requería la simple constatación de la existencia de la persona jurídica demandada durante los períodos reclamados en esta *litis* y que la sencilla verificación de ese planteo, oportunamente introducido por la ejecutada, no afecta el carácter ejecutivo de la acción promovida.

Así las cosas, entiendo que asiste razón a la recurrente en punto a la arbitrariedad que imputa a lo resuelto, en virtud de que el a quo omitió el tratamiento de cuestiones oportunamente introducidas por la apelante y relevantes para la correcta solución del pleito, sin dar razones valederas para ello, con desconocimiento de las constancias de la causa (doctrina de Fallos: 319:1609; 320:1663 y 326:697).

-VII-

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y ordenar que, por quien corresponda, se dicte una nueva conforme a derecho. Buenos Aires, 23 de septiembre de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 15 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa GCBA c/ Centro Médico Santa Isabel S.A. s/ ejecución fiscal - ingresos brutos - convenio multilateral", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente consideradas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal, y a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, 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. Reintégrese el depósito de fs. 229 por no corresponder (art. 13, inc. j, de la ley 23.898 y sus modif.), notifíquese y remítanse los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo en lo decidido en la presente.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por: **Omint S.A. de Servicios**, representada por el **Dr. Gustavo A. Krauss, en su carácter de apoderado**, con el patrocinio letrado de la **Dra. Verónica N. Rodríguez**.

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala III y Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario n° 1, ambos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.**

GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/ ESTADO NACIONAL (PODER EJECUTIVO NACIONAL) S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional) la acción declarativa de inconstitucionalidad iniciada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contra el Estado Nacional.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La Ciudad de Buenos Aires no resulta aforada a la competencia originaria contemplada en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, conclusión que encuentra apoyo en el propio texto de la Ley Fundamental que a lo largo de varias de sus disposiciones la distingue de las provincias, tratando a ambos sujetos jurídicos en una cantidad importante de oportunidades de manera desigual (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco que remite a su disidencia en el precedente "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (Fallos: 342:533)).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La Ciudad no es una provincia ni es asimilable a una provincia a los fines de la competencia originaria de la Corte (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco que remite a su disidencia en el precedente "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (Fallos: 342:533)).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Asimilar la Ciudad de Buenos Aires a una provincia a los efectos de la competencia originaria implicaría agregar a la Constitución Nacional un sujeto no previsto en sus artículos 116 y 117; ello conllevaría la extensión de dicha competencia, por ejemplo, a las causas que se suscitaren entre la Ciudad y sus vecinos cuando la materia fuere predominantemente federal y a aquellas en las que litigue con otros vecinos y estuviere en juego un "asunto civil" (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco que remite a su disidencia en el precedente "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (Fallos: 342:533)).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires promueve la acción prevista por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra el Estado Nacional, a fin de obtener que declare la inconstitucionalidad del art. 2º del decreto 241/21 del Poder Ejecutivo Nacional (y de todas las disposiciones reglamentarias o complementarias dictadas o que se dicten en su consecuencia), que modificó lo dispuesto por el art. 10 del decreto 235/21 y estableció -en su último párrafo- la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, en el ámbito del aglomerado urbano denominado "Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) " definido por el art. 3º del decreto 125/21.

Afirma, en lo sustancial, que la norma impugnada vulnera: a) la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto la decisión adoptada por el Estado Nacional implica una virtual intervención federal, al arrogarse potestades eminentemente locales, como lo son las materias de salud y educación; b) el principio de razonabilidad, en razón de que la suspensión de las clases presenciales dispuesta no se encuentra justificada en datos empíricos, sino que obedece a la mera voluntad del Poder Ejecutivo Nacional; y c) el principio de supremacía federal, por contravenir lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional,

que declara la supremacía de la Constitución Nacional por sobre todo el orden jurídico argentino.

En ese marco, aduce que la norma impugnada viola de manera flagrante lo dispuesto por la Constitución Nacional, en cuanto garantiza el respeto de las autonomías de las provincias mientras estas aseguren la educación primaria (art. 5º), y garantiza y establece específicamente la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129).

Destaca que el decreto de necesidad y urgencia cuestionado no presenta ninguna prueba o estudio para justificar la decisión adoptada con relación a un territorio que, si bien es la sede del gobierno federal, tiene en materia de salud y educación sus propias facultades autónomas, que no pueden verse avasalladas de manera arbitraria e injustificada.

En ese sentido, considera que el decreto 241/21 es inconstitucional por haber sido dictado sin necesidad. Asimismo, entiende que lo que esa norma pretende disponer por vía de decreto de necesidad y urgencia debió hacerse con intervención del Congreso Nacional, el que no se encuentra en receso ni impedido de tratar la cuestión en forma inmediata y urgente, sin que existan circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios para previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes (art. 99, inc. 3º). Agrega que el decreto en cuestión supone una forma vedada u oblicua de intervenir la jurisdicción autónoma de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual también debía realizarse mediante la sanción de una ley del Congreso Nacional, ya que este poder no se encuentra en receso (art. 75, inc. 31, de la Constitución Nacional).

Asegura que el Poder Ejecutivo Nacional intenta suplantar la voluntad política del gobierno autónomo porteño que, mediante el decreto local 125/GCBA/2021, había declarado de máxima esencialidad el ámbito del Ministerio de Educación y de los establecimientos educativos, a fin de preservar su normal funcionamiento con protocolos.

Alude a la insuficiencia de la escuela virtual para tener por cumplida la obligación de prestar el servicio de educación, y a la evidencia científica que demostraría que la falta de presencialidad ocasiona un grave perjuicio a los niños, niñas y adolescentes en cuanto a su evolución psicológica, interpersonal y social.

Enumera diversas disposiciones de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) en las que se destaca la importancia del derecho a la educación, en tanto contribuye al desarrollo de la dignidad de toda persona

humana; menciona las recomendaciones de organismos internacionales como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Banco Mundial, según las cuales, frente al aumento sostenido de casos positivos de COVID-19, las escuelas deben ser lo último en cerrarse debido al impacto que produce dicha decisión en la continuidad pedagógica de los estudiantes; y sostiene que la evidencia -tanto local como internacional- da cuenta de que en la escuela los contagios son infrecuentes, y que la educación no sobrecarga el transporte público.

Explica que las medidas sanitarias que deban adoptarse en los establecimientos educativos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentran reservadas a su jefe de gobierno y no al Poder Ejecutivo Nacional, por lo que no es posible avalar el ejercicio por parte del Estado Nacional de competencias que se superponen con atribuciones que ya han sido legítimamente ejercidas por las autoridades locales de la Ciudad en uso de su autonomía.

Esgrime que el art. 129 de la Constitución Nacional solamente limita la autonomía local cuando el ejercicio de las facultades locales impida o dificulte aquellas que ejercen las autoridades nacionales, razón por la cual, al ser la potestad de ejercer el poder de policía en materia de salud y de educación eminentemente local, no puede admitirse la intervención del poder federal en la Ciudad.

Observa que, según lo dispuesto por el art. 2º del decreto 241/21 (que sustituyó al art. 10 del decreto 235/21), las provincias pueden decidir sobre la continuidad o suspensión de las clases presenciales, pero la Ciudad no, lo que -a su juicio- constituye una clara violación al principio de igualdad, por evidenciar una discriminación arbitraria con relación a las restantes jurisdicciones locales que traiciona el espíritu del federalismo y lesiona el necesario equilibrio entre los integrantes de la República.

Reitera que la norma impugnada es inconstitucional por ser contraria al principio de razonabilidad (art. 28 de la Constitución Nacional), toda vez que la suspensión de la presencialidad en las aulas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no se encuentra fundada en datos empíricos ni científicos, lo que -a su criterio- demuestra que lo decidido se basa únicamente en la voluntad del órgano emisor del decreto.

Resalta que el decreto 241/21, en cuanto dispuso la suspensión de clases presenciales, es violatorio del principio de supremacía federal

que consagra el artículo 31 de la Constitución Nacional por vulnerar varias de sus normas, entre ellas y fundamentalmente, lo dispuesto por el art. 129 en cuanto consagra la autonomía de la Ciudad.

Finalmente, pide que se dicte una medida cautelar mediante la cual se disponga la inmediata suspensión de los efectos del art. 2º del decreto 241/21 en cuanto dispuso la suspensión de las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que se ordene al Estado Nacional abstenerse, hasta el dictado de la sentencia definitiva y firme, de llevar a cabo cualquier conducta que implique ejecutar la norma cuestionada.

En ese estado, se confiere vista digital en el incidente de medida cautelar, por la competencia, a este Ministerio Público.

-II-

De acuerdo con lo resuelto por V.E. -por mayoría- en la causa CSJ 2084/2017, "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal", sentencia del 4 de abril de 2019, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116, 117 y 129 de la Constitución Nacional; art. 1º, inc. 1º, de la ley 48; y art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14.467).

Sentado lo anterior, toda vez que, en el caso, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires demanda al Estado Nacional, que tiene derecho al fuero federal según lo dispuesto por el art. 116 de la Constitución Nacional, entiendo que la única forma de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales es sustanciando la acción en esta instancia (causa CSJ 2267/2018 "Formosa, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 23 de abril de 2019).

-III-

En consecuencia, opino que el proceso debe tramitar ante los estrados del Tribunal. Buenos Aires, 16 de abril de 2021. *Monti Laura Mercedes.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 19 de abril de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, la presente causa es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

Que, por lo demás, la acción entablada se sustanciará por la vía del proceso sumarísimo (artículo 322, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; conf. Fallos: 330:3126).

Por ello, se resuelve: I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte. II. Correr traslado de la demanda interpuesta contra el Estado Nacional, que se sustanciará por las normas del proceso sumarísimo (artículo 322, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), por el plazo de cinco (5) días (artículo 498, inciso 3°, del código citado). Para su comunicación, líbrese oficio a la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación. III. En mérito al trámite asignado al proceso y a lo dispuesto al respecto por el artículo 11 de la ley 25.344, dejar sin efecto la comunicación a la Procuración del Tesoro de la Nación ordenada el 16 de abril del corriente año. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia)– Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Disidencia de la Señora Vicepresidenta Doctora Doña Elena I. Highton de Nolasco

Considerando:

Que por las razones desarrolladas en la disidencia de la jueza Highton de Nolasco en el precedente “Gobierno de la Ciudad de Buenos

Aires" (Fallos: 342:533), a cuyos fundamentos y conclusiones se remite en razón de brevedad, corresponde concluir que la Ciudad de Buenos Aires no es un sujeto aforado a la jurisdicción originaria de esta Corte.

En consecuencia, por lo allí expuesto y de acuerdo a lo resuelto por esta Corte en Fallos: 330:5279, y en las causas CSJ 1387/2012 (48-C)/CS1 "Colace, Catalina Noemí c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios"; CSJ 885/2013 (49-G)/CS1 "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Instituto Obra Social del Ejército s/ cobro de pesos"; CSJ Competencia 965/2014 "M., M. Y. c/ GCBA s/ amparo"; CSJ 3028/2014 "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Dirección de Obra Social de la Universidad de Buenos Aires (DOSUBA) s/ ejecución fiscal" (pronunciamientos del 14 de mayo de 2013, 6 de marzo de 2014, 19 de febrero de 2015, 17 de marzo de 2015, respectivamente), entre muchas otras, este juicio no corresponde a la competencia originaria del Tribunal.

Por ello y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, 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 de la Nación.

Elena I. Highton de Nolasco.

Parte actora: **Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires**, representada por los **Dres. Diego Sebastián Farjat y Pablo Martín Casaubon**, con el patrocinio letrado del **Director General de Asuntos Institucionales y Patrimoniales de la Procuración General**, **Dr.Fernando José Conti, y del Procurador de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, **Dr. Gabriel María Astarloa**.

Parte demandada: **Estado Nacional**, no presentado en autos.

GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/ ESTADO NACIONAL S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD - COBRO DE PESOS (EXPEDIENTE DIGITAL)

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116, 117 y 129 de la Constitución Nacional y art. 1°, inc. 1° de la ley 48 y art. 24, inciso 1° del decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14.467; Fallos: 342:533).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Corresponde rechazar in limine la excepción de incompetencia opuesta por el Estado Nacional toda vez que la Corte es competente en su instancia originaria para entender en causas que tienen como partes adversas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado Nacional.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La Ciudad de Buenos Aires no resulta aforada a la competencia originaria contemplada en los arts. 116 y 117 de la Constitución, conclusión que encuentra apoyo en el propio texto de la Ley Fundamental que a lo largo de varias de sus disposiciones la distingue de las provincias, tratando a ambos sujetos jurídicos en una cantidad importante de oportunidades de manera desigual (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco que remite a su disidencia en el precedente "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (Fallos: 342:533)).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La Ciudad no es una provincia ni es asimilable a una provincia a los fines de la competencia originaria de la Corte (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco que remite a su disidencia en el precedente "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (Fallos: 342:533)).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Asimilar la Ciudad de Buenos Aires a una provincia a los efectos de la competencia originaria implicaría agregar a la Constitución Nacional un sujeto no previsto en sus artículos 116 y 117; ello conllevaría la extensión de dicha competencia, por ejemplo, a las causas que se suscitaren entre la Ciudad y sus vecinos cuando la materia fuere predominantemente federal y a aquellas en las que litigue con otros vecinos y estuviere en juego un "asunto civil" (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco que remite a su disidencia en el precedente "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (Fallos: 342:533)).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

En las presentes actuaciones, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante "C.A.B.A. ") promovió acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos, contra el Estado Nacional, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 27.606, relativa al "Convenio de Transferencia Progresiva a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de Facultades y Funciones de Seguridad en Todas las Materias no Federales Ejercidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en tanto -según sostuvo- lesiona y vulnera el texto constitucional (arts. 5°, 6°, 13, 75 -inc. 2° párrafo 5°-, 122, 123, 129 y concordantes).

Aseveró que la norma impugnada viola el carácter convencional de la decisión que rige la materia ("federalismo de concertación"), pues tanto la transferencia de facultades y funciones de seguridad en todas las materias no federales, así como el coeficiente de coparticipación que corresponde a la C.A.B.A, ya habían quedado firmes y consentidas con anterioridad, habiendo generado derechos adquiridos.

Peticionó que, en virtud de ello, se condene al Estado Nacional al pago de la suma total que resulte de los fondos retenidos por la pérdida sufrida en los ingresos correspondientes a la coparticipación tributaria, de acuerdo a lo establecido en el art. 75, inc. 2°, de la Constitución Nacional y en el decreto 257/18, con más los intereses, desde el 10 de septiembre de 2020 -como consecuencia del decreto 735/20- hasta su efectivo pago.

Manifestó que la ley 27.606 es inconstitucional atento a que: (i) genera una disminución en los fondos coparticipables que le corresponden a la C.A.B.A., causándole un perjuicio económico, financiero e institucional, por resultar violatorio de la autonomía constitucional y resquebrajar la posición de igualdad de la cual deben gozar todos los actores del federalismo por derecho constitucional; (ii) conculca los términos del acuerdo de transferencia de competencias firme, consentido y en vías de ejecución -suscripto entre las partes el 5 de enero de 2016-, lesionando derechos constitucionales y modificando de forma unilateral dicho acuerdo, sin que exista consentimiento de la jurisdicción afectada.

Agregó que el coeficiente asignado a la C.A.B.A., ya fuera el original de 1,40%, el mayor del que gozó de 3,75%, e incluso su reducción a 3,50% -vigente hasta el dictado del decreto 735/20- fue siempre establecido mediante el inevitable acuerdo de la C.A.B.A. con el Estado Nacional, y gozó, además, de ratificación legislativa.

Expuso que esta concertación entre las partes se vio interrumpida con el decreto 735/20, mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional, de manera unilateral y manifiestamente arbitraria, dispuso reducir el coeficiente de coparticipación de la C.A.B.A., llevándolo al 2,32%, y a partir de la aprobación de la ley 27.606 al 1,40%.

Añadió que tanto la modalidad adoptada para la transferencia de los recursos, como la reducción del monto hasta la celebración del convenio, resultan totalmente arbitrarias y violatorias de principios constitucionales. Adujo que no solo se fijó un mecanismo discrecional para el establecimiento del monto, sino que también el mismo fue definido por el Estado Nacional conforme a sus propios índices, cuya evolución depende exclusivamente de la política salarial determinada por el Gobierno Federal.

Como medida cautelar, solicitó que: (i) se ordene la inmediata suspensión de los efectos de la ley 27.606, así como de todos los actos administrativos que se hubieran dictado o se dicten en su consecuencia, debiendo ordenarse al Estado Nacional que se abstenga, hasta el dictado de la sentencia definitiva y firme, de llevar adelante cualquier acto que altere el coeficiente de la C.A.B.A. o disminuya los recursos correspondientes a la transferencia de competencias federales; (ii) se recomponga la integralidad de los fondos del Tesoro local, que deben ingresar a la C.A.B.A. conforme el porcentaje de coparticipación del 3,50% y se ordene la restitución de los fondos ilegítimamente retraídos por aplicación de las normas cuestionadas, con más los intereses legales devengados hasta su efectiva percepción.

Afirmó que la acción promovida guarda estrecha vinculación con el expediente CSJ 1141/2020, "GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES c/ ESTADO NACIONAL s/ AMPARO - decreto 735/ PEN 2020", en el que cuestionó la constitucionalidad del decreto 735/20, antecedente -según manifestó- de la ley que en este caso impugna. A su entender, resultando conexas las pretensiones deducidas, requirió que de no estar resuelta la medida cautelar peticionada en ese amparo al momento de decidir la presente, se resuelvan en forma conjunta. Añadió que una reducción en el monto coparticipable solo podría justificarse en razones objetivas, pero no existe en este caso ninguna de esa índole, pues la C.A.B.A no ha reasignado ninguna función, ni ha disminuido su población o su superficie.

En ese estado, se confirió vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

-II-

De acuerdo con lo resuelto por V.E. -por mayoría- en la causa CSJ 2084/2017, "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal", sentencia del 4 de abril de 2019 (Fallos: 342:533), la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116, 117 y 129 de la Constitución Nacional; art. 1°, inc. 1°, de la ley 48; y -12- art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14.467).

Sentado lo anterior, toda vez que en el *sub lite* el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires demanda al Estado Nacional, que tiene derecho al fuero federal, según lo dispuesto en el art. 116 de la Constitución Nacional, entiendo que la única forma de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales es sustanciando la acción en esta instancia (causa CSJ 2267/2018 "Formosa, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 23 de abril de 2019).

-III-

En consecuencia, opino que el proceso debe tramitar ante los estrados del Tribunal. Buenos Aires, 24 de febrero de 2021. *Laura Mercedes Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de abril de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Estado Nacional opone la excepción de incompetencia en estas actuaciones y en la causa CSJ 1141/2020 "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional s/ amparo – decreto 735/PEN/2020", sobre la base de los argumentos que desarrolla en el apartado III de las presentaciones efectuadas el 19 de abril de 2021 en ambos procesos.

Que los fundamentos vertidos por el Estado Nacional no alteran la decisión adoptada por esta Corte en la causa "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de" (Fallos: 342:533), en tanto han sido expresamente examinados con motivo del referido pronunciamiento, luego de una rigurosa evaluación de los antecedentes obrantes en la causa.

Que, en efecto, tal como se reconoció en el precedente citado, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116, 117 y 129 de la Constitución Nacional y art. 1°, inc. 1° de la ley 48 y art. 24, inciso 1° del decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14.467; Fallos: 342:533).

Que la regla sentada en el precedente mencionado dio lugar a pronunciamientos posteriores en los cuales se admitió la competencia originaria del Tribunal para entender en causas que tenían como partes adversas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado Nacional (Fallos: 343:1836, CSJ 23/2020, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Estado Mayor del Ejército) s/ ejecución fiscal", resuelta el 22 de diciembre de 2020, entre muchos otros).

Por ello, se resuelve: Rechazar *in limine* la excepción de incompetencia opuesta por el Estado Nacional en este proceso y en la causa CSJ 1141/2020 "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional s/ amparo – decreto 735/PEN/2020". Notifíquese.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia)– Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

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

Considerando:

Que por las razones desarrolladas en la disidencia de la jueza Highton de Nolasco en el precedente "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" (Fallos: 342:533), a cuyos fundamentos y conclusiones se remite en razón de brevedad, corresponde concluir que la Ciudad de Buenos Aires no es un sujeto aforado a la jurisdicción originaria de esta Corte.

En consecuencia, por lo allí expuesto y de acuerdo a lo resuelto por esta Corte en Fallos: 330:5279, y en las causas CSJ 1387/2012 (48-C)/CS1 "Colace, Catalina Noemí c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios"; CSJ 885/2013 (49-G)/CS1 "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Instituto Obra Social del Ejército s/ cobro de pesos"; CSJ Competencia 965/2014 "M., M. Y. c/ GCBA s/ amparo"; CSJ 3028/2014 "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Dirección de Obra Social de la Universidad de Buenos Aires (DOSUBA) s/ ejecución fiscal" (pronunciamientos del 14 de mayo de 2013, 6 de marzo de 2014, 19 de febrero de 2015, 17 de marzo de 2015, respectivamente), entre muchas otras, este juicio y la causa CSJ 1141/2020 "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional s/ amparo – decreto 735/PEN/2020" no corresponden a la competencia originaria del Tribunal.

Por ello y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar que este proceso y la causa CSJ 1141/2020 "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional s/ amparo – decreto 735/PEN/2020", son ajenos a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Parte actora: **Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires**, representada por **su apoderada, doctora María Cristina Cuello**, con el patrocinio letrado del **señor Procurador General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, doctor Gabriel María Astarloa.**

Parte demandada: **Estado Nacional**, representado por los **doctores Sergio Acevedo, Ricardo Eduardo Yamone y Guillermo Anderson, letrados apoderados del Ministerio de Economía**, con el patrocinio letrado del **señor Procurador del Tesoro de la**

Nación, doctor Carlos Alberto Zannini, y por el señor Subprocurador del Tesoro de la Nación, doctor Horacio Pedro Diez.

CONSEJO DE LA INGENIERÍA DE LA PROVINCIA DE LA RIOJA
s/ CASACIÓN

RECURSO EXTRAORDINARIO

El plazo establecido por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para deducir el recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 reviste carácter perentorio y no se interrumpe ni se suspende por la interposición de otros recursos declarados improcedentes por los tribunales de la causa, que no alteran las decisiones que se impugnan; situación que se observa en la causa en tanto la apelación federal fue deducida contra la resolución que rechazó un pedido de reposición que había sido articulado contra la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa y no contra esta última, transcurriendo en exceso el límite temporal al momento de la interposición del recurso extraordinario.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Consejo de la Ingeniería de la Provincia de la Rioja s/ casación", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que esta Corte tiene reiteradamente dicho que el plazo establecido por el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para deducir el recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 reviste carácter perentorio y no se interrumpe ni se suspende por la interposición de otros recursos declarados improcedentes por los tribunales de la causa, que no alteran las decisiones que se impugnan (confr.,

entre muchos otros, Fallos: 342:583 y sus citas; CSJ 224/2014 (50-A)/ CS1 "Agua y Saneamientos Argentinos (AySA) y otros s/ ejecución de sentencia", sentencia del 6 de octubre de 2015). Esa situación es la que ocurre en el sub examine pues la apelación federal fue deducida contra la resolución que rechazó un pedido de reposición que había sido articulado contra la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa y no contra esta última.

En esas condiciones el límite temporal fijado por la norma procesal citada había transcurrido con exceso al momento de la interposición del recurso extraordinario. En efecto, según consta en autos, la decisión objeto de controversia fue dictada el 23 de octubre de 2018 y el remedio federal deducido no se dirige contra ella sino contra la resolución del 15 de febrero de 2019, mediante la cual se desestimó el recurso de reposición interpuesto por el presentante (fs. 34/35). El recurso extraordinario federal pues, ha resultado manifiestamente extemporáneo.

Por ello, se desestima la presentación directa. Declárase perdido el depósito de fs. 64. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti.

Recurso de queja interpuesto por **Consejo de la Ingeniería de la Provincia de La Rioja, demandado en autos**, representado por el **Dr. Luis Augusto Martínez, en calidad de apoderado.**

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado del Trabajo y Conciliación n° 1 – Secretaría A, de la Primera Circunscripción Judicial de La Rioja.**

GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/ ESTADO NACIONAL (POLICÍA FEDERAL ARGENTINA) S/ EJECUCIÓN FISCAL

PRORROGA DE LA COMPETENCIA

Es válida la prórroga de la competencia originaria a favor de tribunales inferiores, cuando aquella jurisdicción nace rationae personae, pues por constituir una prerrogativa de carácter personal puede ser renunciada expresa o tácitamente.

PRORROGA DE LA COMPETENCIA

El hecho de que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no impugnara la resolución en la que el juez local dispuso la remisión de las actuaciones al fuero contencioso administrativo federal, debe ser entendido como una renuncia al privilegio de litigar ante la Corte de manera originaria y una prórroga a favor de la jurisdicción federal, donde –a su vez- la ejecutada verá satisfecho su derecho a ese fuero, previsto en el art. 116 de la Constitución Nacional.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La Ciudad de Buenos Aires no resulta aforada a la competencia originaria contemplada en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, conclusión que encuentra apoyo en el propio texto de la Ley Fundamental que a lo largo de varias de sus disposiciones la distingue de las provincias, tratando a ambos sujetos jurídicos en una cantidad importante de oportunidades de manera desigual (Voto de la jueza Highton de Nolasco que remite a su disidencia en el precedente "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (Fallos: 342:533)).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La Ciudad no es una provincia ni es asimilable a una provincia a los fines de la competencia originaria de la Corte (Voto de la jueza Highton de Nolasco que remite a su disidencia en el precedente "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (Fallos: 342:533)).

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Asimilar la Ciudad de Buenos Aires a una provincia a los efectos de la competencia originaria implicaría agregar a la Constitución Nacional un sujeto no previsto en sus artículos 116 y 117; ello conllevaría la extensión de dicha competencia, por ejemplo, a las causas que se suscitaren entre la Ciudad y sus vecinos cuando la materia fuere predominantemente federal y a aquellas en las que litigue con otros vecinos y estuviere en juego un "asunto civil" (Voto de la jueza Highton de Nolasco que remite a su disidencia en el precedente "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (Fallos: 342:533)).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 3, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCBA) promovió juicio de ejecución fiscal ante el Juzgado de Primera Instancia en lo en lo Penal, Contravencional y de Faltas nº 11 local, contra el Estado Nacional (Policía Federal Argentina), a fin de obtener el pago de la suma de $ 7280 más sus intereses, en concepto de multa (v. certificado de deuda 88030 glosado a fs. 1).

A fs. 37/38, el titular del juzgado interviniente se declaró incompetente por entender que corresponde la competencia en razón de la persona. A su turno, el titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal nº 2 también se inhibió por considerar que la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en atención a lo resuelto por V.E. en la causa CSJ 2084/2017, "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal", sentencia del 4 de abril de este año y elevó los autos a V.E. (v. 48).

A fs. 50, se corre vista por la competencia a este Ministerio Público.

-II-

La cuestión que se debate en el *sub lite* resulta sustancialmente análoga a la que fue resuelta por el Tribunal -por mayoría- en la causa CSJ 2084/2017, "gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal", sentencia del 4 de

abril de este año, cuyos fundamentos doy aquí por reproducidos por razones de brevedad.

En virtud de lo allí resuelto entiendo que este proceso corresponde a la competencia originaria de la Corte *ratione personae*. Buenos Aires, 28 de junio de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que los antecedentes de la causa se encuentran adecuadamente reseñados en el apartado I del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir por razones de brevedad.

2°) Que tales antecedentes imponen considerar que el Tribunal, en reiterados pronunciamientos, ha reconocido la validez de la prórroga de su competencia originaria a favor de tribunales inferiores, cuando aquella jurisdicción nace *rationae personae*. Ello así, por constituir una prerrogativa de carácter personal que, como tal, puede ser renunciada expresa o tácitamente (Fallos: 315:2157; 321:2170; 330:4893, entre muchos otros).

3°) Que por estricta aplicación al caso de dicho criterio, el hecho de que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no impugnara la resolución de fs. 37/38 (de la que se notificó mediante la cédula obrante a fs. 39/40), en la que el juez local dispuso la remisión de estas actuaciones al fuero contencioso administrativo federal, debe ser entendido como una renuncia al privilegio de litigar ante esta Corte de manera originaria y una prórroga a favor de la jurisdicción federal, donde –a su vez- la ejecutada verá satisfecho su derecho a ese fuero, previsto en el art. 116 de la Constitución Nacional.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar la incompetencia de esta Corte para entender por la vía de su instancia originaria en estas actuaciones. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y devuélvase el ex-

pediente al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 2, para su ulterior tramitación.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco (según su voto)– Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Voto de la Señora Vicepresidenta Doctora Doña Elena I. Highton de Nolasco

Considerando:

Que por las razones desarrolladas en la disidencia de la jueza Highton de Nolasco en el precedente "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" (Fallos: 342:533), a cuyos fundamentos y conclusiones se remite en razón de brevedad, corresponde concluir que la Ciudad de Buenos Aires no es un sujeto aforado a la jurisdicción originaria de esta Corte.

En consecuencia, por lo allí expuesto y de acuerdo a lo resuelto por esta Corte en Fallos: 330:5279, y en las causas CSJ 1387/2012 (48-C)/CS1 "Colace, Catalina Noemí c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios"; CSJ 885/2013 (49-G)/CS1 "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Instituto Obra Social del Ejército s/ cobro de pesos"; CSJ Competencia 965/2014 "M., M. Y. c/ GCBA s/ amparo"; CSJ 3028/2014 "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Dirección de Obra Social de la Universidad de Buenos Aires (DOSUBA) s/ ejecución fiscal" (pronunciamientos del 14 de mayo de 2013, 6 de marzo de 2014, 19 de febrero de 2015, 17 de marzo de 2015, respectivamente), entre muchas otras, este juicio no corresponde a la competencia originaria del Tribunal.

Por ello y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, 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 de la Nación.

Elena I. Highton de Nolasco.

Parte ejecutante: **Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, representado por la **Dra. Paula Gastellu (letrada apoderada).**

Parte ejecutada: **Estado Nacional (Policía Federal Argentina)**, representado por la **Dra. María Celeste García Márquez (letrada apoderada).**

GONZÁLEZ, ALFREDO OSCAR c/ DUARTE BOGARÍN, CARLOS y Otro s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario resulta formalmente admisible dado que se ha puesto en tela de juicio la validez constitucional del art. 1078 del Código Civil derogado y la sentencia ha sido contraria a su validez (art. 14, inc. 1, de la ley 48).

DAÑO MORAL

El art. 1078 del Código Civil no importa una restricción inconstitucional al principio de reparación integral establecido por el art. 19 de la Constitución Nacional ya que la decisión del legislador de acotar la legitimación para reclamar el daño moral obedece a criterios objetivos y razonables y procura la realización de un fin legítimo vinculado con la previsibilidad de los riesgos y cobertura de los daños de los hechos ilícitos.

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

-Del precedente "Lima" (Fallos: 340:1185) al que la Corte remite-

DAÑO MORAL

Las diferentes reglas probatorias en los supuestos de daños materiales o inmateriales en los casos de responsabilidad extracontractual, que a su vez obedecen a las características diversas de los bienes en cada caso tutelados, constituyen una justificación objetiva y razonable del tratamiento diferenciado que brinda el Código Civil a la legitimación activa en cada supuesto.

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

-Del precedente "Lima" (Fallos: 340:1185) al que la Corte remite-

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que Alfredo Oscar González, por derecho propio, promovió demanda contra Carlos Duarte Bogarín (desistida a fs. 95) y Nuevos Rumbos S.A. por resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su hermana, ocurrido cuando Lilia Beatriz González caminaba por la senda peatonal de la Av. Varela en su cruce con la Av. Eva Perón de esta ciudad y fue atropellada por el interno 26 de la línea 132.

2°) Que la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al confirmar la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la demanda y admitió el resarcimiento por daño moral reclamado por el hermano de la víctima, declarando la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil derogado, pues resultaba incompatible con los derechos a una reparación integral y a la igualdad.

Asimismo, el tribunal estableció que la franquicia prevista en el contrato de seguro del transporte público automotor era inoponible al tercero damnificado en virtud del plenario "Obarrio".

3°) Que contra dicho pronunciamiento, la demandada "Nuevos Rumbos SA" y la citada en garantía "Garantía Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros" interpusieron recurso extraordinario que fue concedido a fs. 391/392.

4°) Que a fs. 398/399 esta Corte Suprema, en sentencia colectiva y en virtud de varios precedentes del Tribunal, declaró admisible el recurso extraordinario y revocó la decisión apelada, admitiendo que la franquicia prevista en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación (conf. art. 16, segunda parte, ley 48).

5°) Que a fs. 400/401 el apoderado de la demandada y su citada en garantía, deducen un pedido de aclaratoria, por cuanto el Tribunal en

su decisorio no se ha expedido sobre la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil derogado.

6°) Que a fin de subsanar dicha omisión y en virtud de lo dispuesto por el art. 166, inc. 2, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde examinar el agravio de los apelantes, sin perjuicio de lo decidido por esta Corte en relación al alcance de la franquicia prevista en el contrato de seguro.

7°) Que los recurrentes sostienen que la sentencia es arbitraria por haber confirmado la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, el que limitaba las personas que podían reclamar el daño moral y haberle reconocido legitimación al hermano de la difunta quien no tiene carácter de heredero forzoso.

8°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible dado que se ha puesto en tela de juicio la validez constitucional del art. 1078 del Código Civil derogado y la sentencia ha sido contraria a su validez (art. 14, inc. 1, de la ley 48).

9°) Que la cuestión planteada resulta sustancialmente análoga a la resuelta por el Tribunal en la causa "Lima, Maira Joana y otros" (Fallos: 340:1185), cuyos fundamentos y conclusiones corresponde dar por reproducidos, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, resultando inoficioso que dictamine la Procuración General de la Nación, con el alcance indicado, se revoca la sentencia apelada en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 1078 del derogado Código Civil que establecía que la acción por indemnización del daño moral únicamente la tendría el damnificado directo. Con costas a cargo de los vencidos (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Ricardo Luis Lorenzetti.

Aclaratoria interpuesta por **Nuevos Rumbos S.A. y demandada y Garantía Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, citada en garantía,** representadas por el **Dr. Daniel Eduardo Díaz Menéndez.**

LÓPEZ QUINTERO, ADRIANA SONIA PATRICIA Y OTROS C/ EN – DIRECCIÓN DE INTELIGENCIA DEL EJÉRCITO ARGENTINO S/ PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA Y DE SEG.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que se halla en juego la interpretación y aplicación de normas de carácter federal (entre ellas, leyes 19.101 y 25.520; decretos 1081/73, 1088/03 Y 1305/12, con sus respectivas modificaciones) y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido adversa a las pretensiones que la apelante funda en ellas.

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

NORMAS FEDERALES

En la tarea de establecer la inteligencia de normas de índole federal, 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.

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

FUERZAS ARMADAS

Si las asignaciones otorgadas a personal militar en actividad bajo las denominaciones "suplemento particular por responsabilidad jerárquica" y "suplemento particular por administración del material" deben formar parte de su haber mensual (concepto que, a partir del 10 de julio de 2005 y según lo dispuesto por el decreto 1081/05, coincide con el concepto "sueldo" de la ley 19.101 -arts. 53 a 55- como un único elemento), forzoso es concluir en que, por aplicación del régimen de proporcionalidad establecido por el art. 28 del Estatuto aprobado por el decreto 1088/03, aquellas asignaciones deben ser tenidas en cuenta para determinar la remuneración base de la categoría 1 del cuadro "D" del personal civil de inteligencia de los organismos de inteligencia de las Fuerzas Armadas.

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

FUERZAS ARMADAS

Toda vez que la declaración de la existencia del derecho a que las asignaciones "suplemento particular por responsabilidad jerárquica" y "suplemento particular por administración del material" sean tenidas en cuenta para determinar la remuneración base de la categoría 1 del cuadro "D" del personal civil de inteligencia de los organismos de inteligencia de las Fuerzas Armadas, no puede conducir a que la remuneración base supere el haber mensual del grado de coronel o sus equivalentes -integrado también por las sumas que correspondan como consecuencia del reconocimiento del carácter remunerativo y bonificable de los suplementos mencionados otorgados por el decreto 1305/12-, corresponde, para el caso de que los actores perciban una suma fija transitoria en los términos del art. 6° del decreto 1306/12, que este último monto sea absorbido por el incremento de sus remuneraciones que implica el acogimiento de la pretensión de autos, y -en consecuencia- descontado al momento de efectuar la liquidación.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

A fs. 145, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala III), al confirmar la sentencia de la instancia anterior, hizo lugar a la demanda promovida contra el Estado Nacional por un grupo de integrantes del personal civil de inteligencia de la Dirección de Inteligencia del Ejército Argentino y, en consecuencia, condenó a la demandada a incorporar al haber mensual de los actores los suplementos creados por los decretos 1305/12, 1306/12 y 245/13 y a pagarles retroactivamente las diferencias salariales desde su entrada en vigencia, más intereses según la tasa pasiva.

Para decidir de esa manera, destacó que, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 5° del decreto 1306/12 y 28 del Estatuto para el Personal de la Secretaría de Inteligencia de la Presidencia de la Nación y para el Personal Civil de Inteligencia de los Organismos de Inteligencia de las Fuerzas Armadas, la remuneración de los actores se determinaba en función de las normas que regulaban el haber del personal militar en actividad. Por tal razón, consideró que los agravios expre-

sados por las partes resultaban sustancialmente análogos a los que había examinado en la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2016 en la causa "Murúa, Domingo Alejandro" (expte. CAF 40.530/2013), a cuyos fundamentos y conclusiones se remitió, en lo pertinente.

En el pronunciamiento citado (el cual, si bien no fue agregado a esta causa, se encuentra disponible en el sistema de consulta web del Poder Judicial de la Nación), el *a quo* concluyó en que los suplementos y compensaciones creados por el decreto 1305/12 y sus modificatorios tenían un indudable carácter general y, por lo tanto, debían ser incorporados a los haberes mensuales de los actores de esa causa (personal militar en actividad de las Fuerzas Armadas) como remunerativos y bonificables.

-II-

Disconforme con ese pronunciamiento, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 150/162, que fue concedido en tanto la decisión apelada interpretaba normas de carácter federal (decretos 1305/12 y 1306/12) en sentido adverso al postulado por el recurrente, y denegado respecto de las causales de arbitrariedad y gravedad institucional invocadas (v. fs. 185), sin que se dedujera queja alguna.

En lo sustancial, se agravia porque -a su entender- el *a quo* no tuvo en cuenta que los suplementos creados por los decretos 1305/12, 1306/12 y 855/13 son de naturaleza particular, por no ser percibidos por la totalidad del personal militar en actividad y, además, porque su percepción es transitoria dado que está supeditada a que se mantengan las circunstancias que justificaron el otorgamiento de alguno de ellos.

Aduce que no resulta aplicable al caso la doctrina sentada por el Tribunal en la causa "Zanotti", pues ella tuvo por objeto fijar pautas para realizar la liquidación judicial de las sumas reconocidas en los procesos que tenían por objeto incorporar al concepto "haber mensual", con carácter remunerativo y bonificable, las sumas otorgadas por los decretos 1104/05, 1095/06, 871/07; 1053/08 y 751/09, en tanto que la pretensión de autos se refiere a los suplementos particulares creados por el decreto 1305/12.

Destaca que dicho decreto tuvo por objetivo la adecuación del "haber mensual" del personal militar y creó, en el marco de lo dispuesto por el art. 57 de la ley 19.101, suplementos particulares para compensar ejercicio de actividades específicas de la función, que no son idénticas para todos los efectivos del Ejército Argentino. Afirma que, por tal motivo, resulta de aplicación al caso lo resuelto por V.E. en las causas "Villegas, Osiris" y "Bovari de Díaz, Aída".

Con relación al adicional creado por el art. 5° del decreto 1305/12, señala que se trata de un mecanismo compensador que no permite concluir que se ha otorgado un aumento de sueldo generalizado

-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 (entre ellas, leyes 19.101 y 25.520; decretos 1081/73, 1088/03 y 1305/12, con sus respectivas modificaciones) y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido adversa a las pretensiones que la apelante funda en ellas.

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 de la cuestión planteada, debe tenerse presente que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 28 del Estatuto para el Personal de la Secretaría de Inteligencia y para el Personal Civil de Inteligencia de los Organismos de Inteligencia de las Fuerzas Armadas , aprobado por el decreto 1088/03, *"(s) e entiende por Remuneración Base la correspondiente a -la categoría 1 del cuadro "D" sin ningún tipo de bonificación ni suplemento, siendo la misma el haber mensual del grado de Coronel o sus equivalentes, en actividad (servicio efectivo) . Fijase como remuneración en las VEINTE (20) categorías los porcentajes de la Remuneración Base del Personal Militar que en cada caso se indica en el ANEXO 2 del presente. Se entiende por haber mensual el definido en el artículo 2401 de la Reglamentación del Capítulo IV -Haberes del Título II Personal Militar en Actividad, de la Ley para el Personal Militar, Nº 19.101 y sus modificatorias".*

Es decir, existe una regla de proporcionalidad, prevista normativamente, entre las retribuciones del personal civil de inteligencia de las Fuerzas Armadas y las del personal militar en actividad en servicio efectivo de las mismas fuerzas, según la cual se toma como referencia el haber mensual del grado de coronel (o sus equivalentes) para determinar la remuneración base de la categoría 1 del cuadro "D" de aquel

personal, a partir de la cual se calculan -en un porcentaje de ella- las retribuciones de todas las categorías que integran aquel personal civil.

Sentado lo anterior, cabe señalar que por medio del decreto 1305/12, **aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas**, se sustituyeron los suplementos particulares "por responsabilidad de cargo o función" y "por mayor exigencia de vestuario" previstos por los apartados d) y e) del inc. 4° del art. 2405 de la reglamentación del capítulo IV -Haberes- del título II de la ley para el personal militar 19.101, aprobada por el decreto 1081/73 y sus modificatorios, por los suplementos particulares "por responsabilidad jerárquica" y por administración del material"; se determinaron las condiciones que debería reunir el personal militar en actividad para percibir uno u otro suplemento, en forma excluyente entre sí (según el art. 3°); se establecieron los coeficientes a aplicarse sobre el haber mensual para la percepción de dichos suplementos; y se fijó un tope del 35% -para el suplemento por responsabilidad jerárquica- y del 55% -para el suplemento por administración del material- del total del personal en actividad de cada fuerza armada y del total de efectivos de un mismo grado a los que correspondería otorgar estos suplementos (art. 2°).

Asimismo, se derogaron los incs. f) y j) del artículo 2408 de la reglamentación del capítulo IV -Haberes- del título II de la ley 19.101, aprobada por el decreto 1081/73 y sus modificatorios, por medio de los cuales se habían creado las compensaciones "por adquisición de textos y demás elementos de estudios" y "por vivienda", respectivamente (art. 4°).

Mediante el art. 5° del mismo decreto, se dispuso que el personal que, por aplicación de las medidas contenidas en tal decreto, percibiera una retribución mensual bruta inferior a la que le hubiere correspondido según el escalafón vigente a la fecha de su entrada en vigencia, sin considerar el efecto de ninguna medida judicial, y en tanto se mantuvieran las condiciones previstas en dicho escalafón para su percepción, cobraría una suma fija transitoria que se determinaría por la metodología y con los efectos contemplados en las disposiciones del inc. b) del art. 1° del decreto 5592/68, la cual no podría estar sujeta a ningún tipo de incremento salarial y permanecería fija hasta su absorción por cualquier incremento en las retribuciones , aun los correspondientes a los ascensos del personal.

Por último, se suprimieron los adicionales transitorios creados por los arts. 5° de los decretos 1104/05, 1095/06, 871/17, 1053/08 y 751/09 (art. 6°) y se dejaron sin efecto las compensaciones otorgadas al per-

sonal militar en situación de retiro y pensionistas de las Fuerzas Armadas por los decretos 1994/06, 1163/07, 1653/08, 753/09, 2048/09 y 894/10 (art. 7°).

También resulta pertinente mencionar que, por medio de la modificación introducida por el decreto 245/13, se eliminó el límite del 35% del total de efectivos de un mismo grado que podrían percibir el suplemento por responsabilidad jerárquica, aunque se aclaró que no podría generalizarse dicho suplemento por grado (art. 2°), y se elevó el porcentaje de los efectivos de un mismo grado a los que podría asignarse el suplemento por administración del material al (art. 3°); y que, mediante el decreto 855/13, se convirtió la suma fija transitoria creada por el art. 5° del decreto 1305/12 en una suma fija permanente, no remunerativa y no bonificable, ni sujeta a incremento salarial alguno.

Por otra parte, conviene mencionar que, por medio del decreto 1306/12, **aplicable al personal civil de inteligencia de los organismos de inteligencia de las Fuerzas Armadas**, se dejaron sin efecto -a partir del 1° de agosto de 2012- los incrementos dispuestos por los decretos 1782/06, 871/07, 1053/08 y 751/09 en los coeficientes de las compensaciones por vivienda, por trabajos extraordinarios y por mayor exigencia de vestuario; se dispuso restablecer los porcentajes y coeficientes establecidos por el Estatuto aprobado por el decreto 1088/03; y se suprimieron -a partir de la misma fecha- los adicionales transitorios creados por los decretos mencionados anteriormente (arts. 1° a 4°). Asimismo, se determinó que el personal civil de inteligencia de los Organismos de Inteligencia de las Fuerzas Armadas percibiría su remuneración base conforme a las disposiciones del art. 28 del Estatuto aprobado por el decreto 1088/03 (art. 5°); y se estableció que aquellos que, por aplicación de tales modificaciones, percibieran una retribución mensual bruta inferior a la que les hubiese correspondido según el escalafón vigente hasta aquella fecha, sin considerar el efecto de ninguna medida judicial, y en tanto se mantuvieran las condiciones previstas en dicho escalafón para su percepción, cobrarían una suma fija transitoria que se determinaría por la metodología y con los efectos contemplados en las disposiciones del inc. b) del art. 1° del decreto 5592/68, la que no podría estar sujeta a ningún tipo de incremento salarial y permanecería fija hasta su absorción por cualquier incremento en las retribuciones, incluyendo los correspondientes a los ascensos del personal (art. 6°).

-V-

Este Ministerio Público, en el dictamen del 16 de marzo de 2017 emitido en la causa CAF 46478/2013-1-RHI, "Sosa, Carla Elizabeth y otros c/ E.N.- M° Defensa Ejército s/ personal militar y civil de las FF.AA. y de seg.", propició -en virtud de los fundamentos que allí se expusieron, a los cuales me remito en razón de brevedad- confirmar la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala II) que había declarado el carácter remunerativo y bonificable de los suplementos "por responsabilidad jerárquica" y "por administración del material" creados por el decreto 1305/12 y sus modificatorios y dispuesto que ellos debían ser incluidos en el concepto "sueldo" determinado por el art. 55 de la ley 19.101.

En tales condiciones, si las asignaciones otorgadas al personal militar en actividad bajo las denominaciones "suplemento particular por responsabilidad jerárquica" y "suplemento particular por administración del material" deben formar parte de su haber mensual (concepto que, a partir del 1° de julio de 2005 y según lo dispuesto por el decreto 1081/05, coincide con el concepto "sueldo" de la ley 19.101 -arts. 53 a 55- como un único elemento -v. Fallos: 334:275, consid. 8°-), forzoso es concluir en que, por aplicación del régimen de proporcionalidad establecido por el art. 28 del Estatuto aprobado por el decreto 1088/03, aquellas asignaciones deben ser tenidas en cuenta para determinar la remuneración base de la categoría 1 del cuadro "D" del personal civil de inteligencia de los organismos de inteligencia de las Fuerzas Armadas.

Ahora bien, toda vez que la declaración de la existencia de ese derecho no puede conducir a que la remuneración base de la categoría 1 del cuadro "D" del personal civil de inteligencia de los organismos de inteligencia de Las Fuerzas Armadas (a partir de la cual se calcula la remuneración de las veinte categorías de ese personal en los porcentajes que surgen del anexo 2 del mencionado Estatuto) supere el haber mensual del grado de coronel o sus equivalentes -integrado también por las sumas que correspondan como consecuencia del reconocimiento del carácter remunerativo y bonificable de los suplementos "por responsabilidad jerárquica" y "por administración del material" otorgados por el decreto 1305/12-, estimo que, para el caso de que los actores perciban una suma fija transitoria en los términos del art. 6° del decreto 1306/12, este último monto deberá ser absorbido por el incremento de sus remuneraciones que implica el acogimiento de la pretensión de autos, y -en consecuencia- descontado al momento de efectuar la liquidación (doctrina de Fallos: 334:275).

-VI-

Opino, por lo tanto, que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto por la parte demandada y confirmar la sentencia apelada, con los alcances que surgen de este dictamen. Buenos Aires, 27 de septiembre de 2018. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Vistos los autos: "López Quintero, Adriana Sonia Patricia y otros c/ EN – Dirección de Inteligencia del Ejército Argentino s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz (según su voto)– Elena I. Highton de Nolasco (según su voto)– Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Voto del Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz

Considerando que:

Los agravios planteados por la demandada encuentran adecuada respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal y en el pre-

cedente "Sosa, Carla Elizabeth" (Fallos: 342:832), voto del juez Carlos Fernando Rosenkrantz, a cuyos términos cabe remitir por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, corresponde declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz.

Voto de la Señora Vicepresidenta Doctora Doña Elena I. Highton de Nolasco

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitirse en razón de brevedad, con exclusión de las citas de Fallos: 334:275.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Elena I. Highton de Nolasco.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional – Ejército Argentino, parte demandada**, representado por el **Dr. Jorge Alberto Huarte** y con el patrocinio letrado de la **Dra. Hilda Susana Resumil.**

Traslado contestado por **los actores**, representados por la **Dra. Lina Patricia Rino.**

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 nº 3.**

NOFAL, MIRANDA c/ EDENOR SA s/ AMPARO

CONFLICTO DE COMPETENCIA

El conflicto de competencia suscitado en la causa entre el juzgado federal en lo civil y comercial y el juzgado nacional en lo comercial, debe ser dirimido por la Corte Suprema.

COMPETENCIA

Para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que la actora hace en su escrito de demanda y, en la medida que se adecúe a ellos, al derecho que invoca como fundamento de la pretensión.

COMPETENCIA

Es competencia la justicia en lo civil y comercial federal para entender en la demanda iniciada contra una empresa distribuidora del servicios de energía eléctrica con el objeto de que, en los términos de lo dispuesto en las leyes 24.065 y 24.240, se deje sin efecto la medición y ulterior facturación del servicio de suministro de energía eléctrica, toda vez que más allá de que la parte actora funde también su pretensión en normas que integran el derecho común como la ley 24.240, la cuestión debatida no se halla ceñida exclusivamente a una relación contractual entablada entre particulares, ni tampoco se trata estrictamente de una mera desavenencia comercial entre un usuario y la empresa prestataria del servicio sino por el contrario, la solución del pleito se vincula, de manera directa, con aspectos que refieren a la interpretación y aplicación de las normas de naturaleza federal que conforman el marco regulatorio de la actividad (ley 24.065, decreto 1398/92 y disposiciones modificatorias y reglamentarias).

CONFLICTO DE COMPETENCIA

El órgano legalmente facultado para dirimir la contienda de competencia suscitada entre la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal y

la Justicia Nacional en lo Comercial, con arreglo a lo previsto en el art. 24, inciso 7° del decreto-ley 1285/58, es la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, la cual reviste la calidad de tribunal de alzada del juez que primero conoció (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

El Juzgado en lo Civil y Comercial Federal nº 11 y el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial nº 10 discrepan respecto de la competencia para entender en el presente amparo que tiene por objeto que Edenor S.A. deje sin efecto las facturas de servicio eléctrico que califica de erróneas y excesivas, y emita unas correctas. Funda la acción, centralmente, en el artículo 31 de la ley 24.240, y solicita, además, la reparación del daño directo y el daño punitivo en los términos de los artículos 40 *bis* y 52 *bis* de ese cuerpo legal (fs. 22/32).

La acción fue interpuesta ante la justicia federal que, con remisión a los fundamentos del dictamen del Ministerio Público, se declaró incompetente. Al efecto, valoró que no se discuten cuestiones vinculadas con normas federales, y que el contrato en cuestión es de naturaleza comercial (fs. 34/35 y 36).

A su turno, el juzgado en lo comercial rechazó la atribución de competencia, con sustento en la pretensión se origina en el alegado error de medición y facturación por parte de la empresa distribuidora de electricidad demandada, lo cual remite al análisis y aplicación de la legislación regulatoria del servicio eléctrico, de carácter federal (fs. 52/53).

Devueltas las actuaciones, el juzgado federal mantuvo su criterio y las elevó a la cámara del fuero para que resuelva la cuestión en los términos del artículo 24, inciso 7, del decreto-ley 1285/58 (fs. 55).

Finalmente, la alzada civil y comercial federal elevó las actuaciones a la Corte Suprema para que dirima la contienda en atención a lo resuelto en el precedente de Fallos: 341:611, “José Mármol” (fs. 57).

-II-

Sin perjuicio del criterio expuesto por esta Procuración General en el dictamen emitido el 15 de marzo de 2016 en la causa CFP 9688/2015/1/CA1-CS1, "José Mármol 824 (ocupantes de la finca) s/ incidente de incompetencia", en atención a la vista conferida y en razón de lo resuelto por la Corte Suprema el 12 de junio de 2018 en el referido incidente (Fallos: 341:611), corresponde que me pronuncie en la contienda suscitada.

-III-

Tal como surge del relato de los hechos de la demanda, los cuales deben ser considerados a fin de resolver las cuestiones de competencia (Fallos: 340:400, "Turnes", entre muchos otros), la actora denuncia un error de medición y de facturación del servicio de energía eléctrica de dos periodos, el cual por superar el 50% del consumo efectivo de dos meses, debe presumirse (Cf. art. 31, ley 24.240). Solicita, con base en los artículos 40 *bis* y 52 *bis* de la ley 24.240, que se fijen indemnizaciones en concepto de daño punitivo y daño directo (fs. 22/32).

En ese marco, considero que lo medular de la controversia planteada involucra cuestiones que no exceden el ámbito del derecho común, ya que el debate del caso se encuentra ceñido exclusivamente a determinar si existieron los incumplimientos contractuales atribuidos a la demandada, con fundamento en la ley 24.240 (CSJN, en autos CIV 45404/2018/CS1, "Gabotto Losasso, Christian Javier Fernando c/ Telecom Personal SA s/ ordinario", sentencia del 5 de noviembre de 2019).

De allí que tal como se ha reseñado, la acción se basa, principalmente, en un reclamo derivado del incumplimiento de obligaciones nacidas en el marco de un contrato de naturaleza mercantil, lo cual autoriza a enmarcar a la pretensión en el ámbito del derecho comercial.

-IV-

Por lo expuesto, opino que estos autos deberán tramitar ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial nº 10, al que se deberán remitir a sus efectos. Buenos Aires, 2 de marzo de 2020. *Víctor Abramovich.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que tanto la jueza subrogante a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 11, como el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 10, se declararon incompetentes para entender en la causa.

2°) Que resulta de aplicación al *sub lite* la doctrina de la Competencia "José Mármol 824 (ocupantes de la finca)", (Fallos: 341:611).

En función de ella, el conflicto de competencia suscitado en la causa entre el juzgado federal en lo civil y comercial y el juzgado nacional en lo comercial, debe ser dirimido por esta Corte Suprema.

3°) Que para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que la actora hace en su escrito de demanda y, en la medida que se adecúe a ellos, al derecho que invoca como fundamento de la pretensión (Fallos: 308:229; 311:172; 313:971, entre muchos otros).

4°) Que la actora demandó a Edenor S.A. con el objeto de que, en los términos de lo dispuesto en las leyes 24.065 y 24.240, se deje sin efecto la medición y ulterior facturación del servicio de suministro de energía eléctrica correspondiente a la vivienda que ocupa en esta ciudad de Buenos Aires, por no reflejar, según aseguró, el real consumo de luz de dicha unidad. Denunció que no se brindó una respuesta adecuada a los reclamos que impulsó a fin de que se constate el estado de los medidores del inmueble en cuestión y solicitó que se condene a la demandada al pago del daño punitivo regulado en el art. 52 bis de la ley 24.240. Requirió, además, el dictado de una medida cautelar por la cual se impida el corte del servicio en su domicilio, dada la supuesta deuda que se registraría a partir del pago parcial de los importes resultantes de las facturas controvertidas.

5°) Que, en tales condiciones, más allá de que la parte actora funde también su pretensión en normas que integran el derecho común

como la ley 24.240, la cuestión debatida no se halla ceñida exclusivamente a una relación contractual entablada entre particulares, ni tampoco se trata estrictamente de una mera desavenencia comercial entre un usuario y la empresa prestataria del servicio público de distribución de energía eléctrica. Por el contrario, la solución del pleito excede dichos parámetros y se vincula, de manera directa, con aspectos que refieren a la interpretación y aplicación de las normas de naturaleza federal que conforman el marco regulatorio de la actividad (ley 24.065, decreto 1398/92 y disposiciones modificatorias y reglamentarias).

Asimismo, cabe recordar que este Tribunal sostuvo la competencia de la justicia federal cuando está en juego la suspensión de un servicio público nacional (art. 84 de la ley 24.065 y doctrina de los autos Competencia CCF 8125/2018/CS1, "Metrogas S.A. c/ Gordillo, Nora Gladys s/ ejecutivo", sentencia del 29 de agosto de 2019, y sus citas).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara que resulta competente para conocer en las presentes actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 11, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 10.

Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia)– Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia)– Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Disidencia del Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz y de la Señora Vicepresidenta Doctora Doña Elena I. Highton de Nolasco

Considerando:

1°) Que tanto la jueza subrogante a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 11, como el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 10, se declararon incompetentes para entender en la causa.

2°) Que, como lo sostuvimos en nuestros respectivos votos en disidencia en los autos Competencia "José Mármol 824 (ocupantes de la finca)" (Fallos: 341:611), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad, el órgano legalmente facultado para dirimir la contienda, con arreglo a lo previsto en el art. 24, inciso 7° del decreto-ley 1285/58, es la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, la cual reviste la calidad de tribunal de alzada del juez que primero conoció.

3°) Que, en las condiciones expresadas, no corresponde la intervención de esta Corte en el caso.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, a los fines correspondientes, remítanse las presentes actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 11 y al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 10.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

P., L. R. c/ IOSPER s/ ACCIÓN DE AMPARO

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

La Corte cuenta con las atribuciones necesarias para disponer, en el marco de todas las causas promovidas ante sus estrados por las diversas vías legalmente contempladas, la adopción de medidas que juzgare convenientes para obtener información sobre circunstancias concernientes a los asuntos sobre los que es llamada a intervenir.

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

Sin abrir juicio sobre la concurrencia de los requisitos que condicionan la admisibilidad del recurso extraordinario promovido por la demanda-

da, corresponde disponer la realización de las medidas para mejor proveer que se consideran apropiadas – pedido de informes a la Academia Nacional de Medicina y al Ministerio de Salud de la Nación - sobre el tratamiento que se solicita en la causa.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que esta Corte cuenta con las atribuciones necesarias para disponer, en el marco de todas las causas promovidas ante sus estrados por las diversas vías legalmente contempladas, la adopción de medidas que juzgare convenientes para obtener información sobre circunstancias concernientes a los asuntos sobre los que es llamada a intervenir (conf. Fallos: 307:1229; 339:927).

Que en las condiciones expresadas y sin abrir juicio sobre la concurrencia de los requisitos que condicionan la admisibilidad del recurso extraordinario promovido por la demandada, corresponde disponer la realización de las medidas para mejor proveer que se consideran apropiadas.

Por ello, en atención al estado de las presentes actuaciones, se resuelve requerir los siguientes informes en relación con el tratamiento de reemplazo enzimático con alfaglucosidasa ácida:

1.- A la Academia Nacional de Medicina para que informe:

I. Si se han establecido beneficios clínicos con el uso de dicho tratamiento para la enfermedad de Pompe y si se muestran diferencias categóricas con su empleo en las diversas formas de manifestación clínica de la enfermedad. Indique, asimismo, en qué ámbito geográfico, durante cuánto tiempo y en cuántos casos se han estudiado y verificado los resultados del fármaco.

II. Cuál es la posología recomendada para la administración del tratamiento referido y cuál es su duración estimada.

III. Si el tratamiento de reemplazo enzimático con alfaglucosidasa ácida está prescripto para pacientes de cualquier edad o si, por el contrario, solo resulta efectivo en alguna etapa del desarrollo humano o franja etaria.

IV. Si el tratamiento referido es igualmente apropiado en los casos en que, además de la enfermedad de Pompe, los pacientes presenten otras patologías y si su suministro es compatible con otros fármacos.

V. Si existen drogas u otro tipo de terapias recomendadas para el tratamiento de la enfermedad de Pompe y, en su caso, cuál es su costo y grado de efectividad.

VI. Cualquier otra información científica relevante vinculada con la utilización del tratamiento de reemplazo enzimático con alfaglucosidasa ácida.

2.- Al Estado Nacional -Ministerio de Salud de la Nación- para que informe:

I. El número de personas afectadas por la enfermedad de Pompe en el país, conforme a los registros existentes en esa cartera de Estado, con precisión de cuántas están siendo tratadas con reemplazo enzimático con alfaglucosidasa ácida y, en su caso, bajo qué tipo de cobertura asistencial o plan de salud se les suministra ese tratamiento.

II. Si ha recibido requerimientos de financiación y cobertura para dicho tratamiento por parte de particulares o de institucionales médico-asistenciales, proporcionando datos sobre cada uno de esos pedidos, así como sobre el costo invocado por los peticionarios en cada oportunidad.

III. Si se halla vigente la inscripción de alfaglucosidasa ácida en el Registro de Especialidades Medicinales (REM) de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT).

IV. Si existen pedidos de autorización para la producción de algún otro fármaco para el tratamiento de la enfermedad de Pompe con similares propiedades terapéuticas que las del indicado.

V. Si esa cartera ministerial contempla la posibilidad de otorgar subsidios, planes de auxilio financiero, compensaciones u otro tipo de recursos a los organismos agentes del sistema de salud que, con arreglo a la normativa vigente, afronten el costo de los tratamientos de reemplazo enzimático con alfaglucosidasa ácida.

A la información requerida en los puntos anteriores deberá adicionarse todo otro material científico relevante vinculado con la utilización del tratamiento de reemplazo enzimático con alfaglucosidasa ácida, así como cualquier disposición que se dicte con posterioridad a la presente y que tenga incidencia sobre el tema en cuestión.

Fíjese en 30 días el plazo para dar cumplimiento con los informes que se solicitan. Líbrense las comunicaciones respectivas.

Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti.

CARRIÓ, JORGE EMANUEL c/ GALENO ART S.A. s/ Accidente – ley especial

RIESGOS DEL TRABAJO

Es arbitraria la sentencia que insta al actor a transitar una nueva instancia administrativa ante las comisiones médicas, sin ponderar que ya había agotado el procedimiento ante el SECLO y tenía expedita la vía judicial, pues incurre en un exceso de rigor formal que no guarda relación con las constancias de la causa y la normativa aplicable, en tanto la administración, a través de resoluciones -298/17 de la SRT y 463-E/2017 del MTEySS-, decidió que el nuevo procedimiento será aplicable a las actuaciones administrativas iniciadas a partir del 1 de marzo de 2017 y reconoció que la culminación de los trámites iniciados ante el SECLO con anterioridad a esa fecha, agotan la instancia administrativa.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien la decisión en materia de habilitación de instancia resulta una cuestión de índole procesal ajena al recurso del artículo 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a ese principio en aquellos casos en los cuales se causa un agravio de imposible o inoportuna reparación ulterior, pues se veda al recurrente el acceso a la jurisdicción de los tribunales y se restringe sustancialmente su derecho de defensa, situación que se observa en el caso en tanto la decisión recurrida declaró la falta de aptitud jurisdiccional de la justicia nacional del trabajo y clausuró la vía procesal promovida.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Toda vez que se formularon agravios con base en la existencia de cuestión federal así como en la doctrina de la arbitrariedad, corresponde atender primeramente a estos últimos pues, de configurarse tal vicio, no habría sentencia propiamente dicha.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

Resulta procedente el recurso extraordinario pues, si bien es cierto que las cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal son ajenas, como regla, a la vía del artículo 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a dicho principio cuando el tribunal a quo no ha dado un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con las constancias de la causa y la normativa aplicable.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

La Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado la excepción

de incompetencia y, en consecuencia, declaró la falta de aptitud jurisdiccional con fundamento en que no se hallaba cumplida la instancia administrativa previa y obligatoria ante las comisiones médicas prevista en la ley 27.348 (fs. 124/126 del expediente principal, al que me referiré, salvo aclaración en contrario).

Consideró que la Resolución 899-E/2017 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), en cuanto estableció que las cuestiones jurídicas serán abordadas por el secretario técnico letrado y no por los profesionales médicos, subsanó el defecto constitucional que acarreaba el procedimiento administrativo y, por ello, el agotamiento de esa instancia resulta un requisito ineludible para acceder a la jurisdicción.

-II-

Contra ese pronunciamiento, el actor interpuso recurso extraordinario federal (fs. 129/146), que denegado (fs. 150), motivó el presente recurso de queja (fs. 26/30 del respectivo cuaderno).

Plantea que el procedimiento administrativo ante las comisiones médicas es inconstitucional y, además, se agravia sobre la doctrina de la arbitrariedad de sentencias pues afirma que el tribunal no aplicó el derecho vigente a las circunstancias del caso. Sostiene que se ven afectadas sus garantías de defensa en juicio, acceso a la justicia, debido proceso, igualdad ante la ley y juez natural.

Por un lado, afirma que la ley otorga a la instancia administrativa facultades que son exclusivas de los jueces. Argumenta que el nuevo marco legal impone un verdadero contencioso jurídico dirigido por personal inidóneo, que deja al arbitrio de los médicos decisiones tales como determinar si un accidente o una enfermedad puede considerarse como una contingencia cubierta o no por la ley de riesgos del trabajo. Indica que el sistema no ofrece garantías de imparcialidad, debido a la posición de poder de las aseguradoras y al diseño de un régimen procesal que promueve la aceptación de las propuestas de reparación de las aseguradoras de riesgo de trabajo.

Argumenta que el control judicial no es amplio ni suficiente ya que solo se puede acceder a la justicia por la vía recursiva, lo que impide la amplitud de debate y la producción de prueba obstruyendo el derecho del trabajador de accionar ante su juez natural por los infortunios laborales sufridos. Afirma que la Corte en Fallos: 327:3610, “Castillo”, se pronunció en ese sentido.

Plantea que obligar al trabajador a una instancia administrativa previa lo pone en pie de desigualdad con respecto a otros ciudadanos

que pretendan la reparación de daños causados por cuestiones ajenas al trabajo, pues estos tienen expedita la vía judicial. Para más, agrega que la modificación procesal introducida por la ley 27.348 vulnera el principio de progresividad en materia de derechos sociales.

Por otro lado, arguye que la cámara aplicó en forma retroactiva la ley 27.348 a un accidente ocurrido antes de su entrada en vigencia, y que ello afecta la garantía de juez natural. En ese sentido, señala que el actor agotó el procedimiento administrativo ante el Servicio de Conciliación Laboral Obligatorio (SECLO) creado por la ley 24.635, y que ello determinó el marco normativo aplicable en materia de acceso a la jurisdicción. Remarca que esa norma se encontraba vigente al ocurrir el infortunio y el agotamiento de esa instancia de conciliación previa era un requisito necesario para accionar ante la justicia laboral nacional. Sobre esa base, afirma que la decisión del a quo, en cuanto impone un nuevo trámite administrativo ante las comisiones médicas, impone exigencias legales excesivas que provocan una superposición de instancias y obstruyen el acceso del actor a la jurisdicción sin fundamento que lo justifique.

-III-

En primer término, cabe señalar que si bien es jurisprudencia de la Corte Suprema que la decisión en materia de habilitación de instancia resulta una cuestión de índole procesal ajena al recurso del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 323:650, "Caplán", entre otros), se han exceptuado de ese principio aquellos casos en los cuales se causa un agravio de imposible o inoportuna reparación ulterior pues se veda al recurrente el acceso a la jurisdicción de los tribunales y se restringe sustancialmente su derecho de defensa (Fallos: 323:1919, "Acosta"; 330:4024, "Instituto Nacional de Servicios Sociales Para Jubilados y Pensionados", entre otros). Estimo que ello acontece en el *sub lite* pues la decisión recurrida declaró la falta de aptitud jurisdiccional de la justicia nacional del trabajo y clausuró la vía procesal promovida.

En segundo término, considero que al haberse formulado agravios con base en la existencia de cuestión federal así como en la doctrina de la arbitrariedad, corresponde atender primeramente a estos últimos pues, de configurarse tal vicio, no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 318:189, "Bichute de Larsen"; 323:35, "Botti"; 338:1347, "Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores"; 339:1520, "Frigerio"; 341:1106, "Varela", entre otros). En ese sentido, la apelación resulta procedente pues, si bien es cierto que las cuestiones de hecho,

prueba y derecho procesal son ajenas, como regla, a la vía del artículo 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a dicho principio cuando, como en el caso, el tribunal a quo no ha dado un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con las constancias de la causa y la normativa aplicable (Fallos: 339:1583, "Puente Olivera"; 340:1331, "Parra"; 341:427, "Rica", entre muchos otros).

-IV-

En el *sub lite* la sentencia recurrida declaró la falta de aptitud jurisdiccional con fundamento en la aplicación al caso de la ley 27.348, que establece una instancia administrativa previa y obligatoria ante las comisiones médicas.

Si bien la demanda fue interpuesta el 27 de diciembre de 2017, es decir, luego de la entrada en vigencia de la norma, el actor había agotado con anterioridad la instancia administrativa ante el SECLO que imponía la ley 24.635. En efecto, de las constancias de la causa surge que el señor Carrio compareció el día 30 de diciembre de 2016, con el debido patrocinio letrado, ante el conciliador laboral Osvaldo Alberto Landi, quien, ante la ausencia de la aquí demandada, decidió culminar el procedimiento de conciliación laboral obligatoria y habilitar la instancia judicial (ver fs. 3). El acta de cierre fue señalada por el accionante en la demanda (fs. 17.), e invocada en la contestación al planteo de excepciones previas como argumento para su rechazo (fs. 94), pero no fue considerada por la sentencia en crisis, que solo analizó la validez constitucional de la ley 27.348 y sus reglamentaciones.

Al respecto, corresponde remarcar que la resolución 298/17 de la Superintendencia de Riesgos de Trabajo (SRT), emitida el 23 de febrero de 2017, que reglamenta el procedimiento previo y obligatorio ante las Comisiones Médicas estipulado por la ley 27.348, prevé que las disposiciones allí contenidas "sólo resultarán aplicables al trámite de las actuaciones y los procedimientos admininistrativos iniciados a partir del 1 de marzo de 2017" (artículo 41). En sentido concordante, la resolución 463-E/2017 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, del 11 de abril de 2017, establece que "...para los casos de los reclamos iniciados (sorteo informático) que tengan por objeto accidentes laborales y/o enfermedades profesionales Ley Nº 24.557; Ley Nº 26.773 en el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria -SECLO- con fecha anterior al 1 de marzo de 2017, se deberá continuar su trámite normal y habitual tanto para el cierre de la instancia como para los eventuales acuerdos de conformidad a lo normado por la Ley Nº 24.635 y Decreto N 1169/96 modif. Decreto N° 1347/99" (art. 1).

En resumen, la administración, a través de las resoluciones mencionadas, decidió que el nuevo procedimiento será aplicable a las actuaciones administrativas iniciadas a partir del 1 de marzo de 2017 y reconoció que la culminación de los trámites iniciados ante el SECLO con anterioridad a esa fecha, agotan la instancia administrativa. En ese marco, estimo que la cámara debía pronunciarse sobre la aplicación de la normativa referida, pues constituye una cuestión prima facie conducente para la correcta solución del caso.

Por lo tanto, considero que la sentencia en crisis, que insta al actor a transitar una nueva instancia administrativa ante las comisiones médicas, sin ponderar que ya había agotado el procedimiento ante el SECLO y tenía expedita la vía judicial, incurre en un exceso de rigor formal que no guarda relación con las constancias de la causa y la normativa aplicable, por lo que debe ser descalificada con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad.

Finalmente, la naturaleza de los derechos discutidos en el presente caso, el tiempo transcurrido desde el acta de cierre de SECLO -casi dos años y medio-, y el prolongado procedimiento recursivo que se ha desarrollado hasta esta instancia extraordinaria, conducen, en mi entender, a que esa Corte Suprema, en resguardo de un buen servicio de justicia, haga uso de la facultad conferida por el artículo 16, segunda parte, de la ley 48, y se expida de forma definitiva sobre el punto en disputa, declarando habilitada la instancia judicial (Fallos: 339:189; "Guzmán", 335:2294, "Gómez").

-V-

Por lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente la queja y el recurso extraordinario, habilitar la instancia judicial y devolver los autos al tribunal de origen a sus efectos. Buenos Aires, 25 de junio de 2019. *Víctor Abramovich.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Carrió, Jorge Emanuel c/ Galeno ART S.A. s/ accidente – ley especial", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia recurrida, con costas. Agréguese la queja al expediente principal y devuélvase a fin de que se ordene su radicación y tramitación por ante el juzgado que corresponda. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por **Jorge Emanuel Carrió, parte actora,** representado por el **Dr. Alexis Gabriel Yebne.**

Tribunal de origen: **Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 75.**

DEFENSOR del PUEBLO de la PROVINCIA del CHACO y Otro c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL y/o MINISTERIO de ENERGÍA y MINERÍA de la NACIÓN y Otro s/ Medida cautelar (autónoma)

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Las sentencias de la Corte deben ceñirse a la situación existente al momento de ser dictadas.

SUBSISTENCIA DE LOS REQUISITOS

La subsistencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio y su desaparición importa la de poder juzgar y entre tales extremos, se halla la inexistencia de gravamen cuando las circunstancias sobrevinientes han tornado inoficiosa la decisión pendiente.

DEPOSITO PREVIO

No corresponde integrar el depósito establecido en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando la Corte se abstiene de dictar pronunciamiento en la queja por considerarlo inoficioso.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Defensor del Pueblo de la Provincia del Chaco y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional y/o Ministerio de Energía y Minería de la Nación y otro s/ medida cautelar (autónoma)", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia que, al confirmar lo decidido en primera instancia, concedió la medida cautelar peticionada en el escrito de inicio por el señor Defensor del Pueblo de la Provincia del Chaco, el Estado Nacional (Ministerio de Energía y Minería de la Nación) interpuso recurso extraordinario que, al ser denegado, dio motivó a la presente queja.

2°) Que las sentencias de la Corte deben ceñirse a la situación existente al momento de ser dictadas (Fallos: 301:947; 306:1160; 318:342, entre muchos otros).

Asimismo, se ha subrayado que la subsistencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio y su desaparición importa la

de poder juzgar (Fallos: 315:466), y que, entre tales extremos, se halla la inexistencia de gravamen cuando las circunstancias sobrevinientes han tornado inoficiosa la decisión pendiente (Fallos: 313:1081; 329:187, 3221, entre otros).

3°) Que la situación descripta se configura en la especie, puesto que, del cotejo de los autos principales, surge que la medida cautelar impugnada fue dispuesta el 2 de marzo de 2017 por el término de seis meses. Si bien dicha tutela ha sido objeto de una ampliación material y de tres prórrogas temporales, la última de ellas se decretó el 10 de agosto de 2018 por el término de seis meses complementarios más.

4°) Que en las condiciones expresadas, como lo ha decidido esta Corte en un asunto sustancialmente análogo [causa FBB 8966/2014/2/2/RH2 y otro "Naumann, Eric Otto y otros c/ Camuzzi Gas Pampeana S.A. y otros s/ amparo ley 16.986", fallada el 10 de agosto de 2017], carece de objeto actual que el Tribunal se pronuncie con relación a los agravios del recurrente, pues mediante ellos se procura, en definitiva, que se deje sin efecto una medida cautelar cuya vigencia se ha agotado, circunstancia que torna inoficiosa toda decisión.

5°) Que, por último, corresponde señalar que no corresponde integrar el depósito establecido en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando —como en el caso— la Corte se abstiene de dictar pronunciamiento en la queja por considerarlo inoficioso (Fallos: 286:220 y 300:712; conf. causa "Hospital Privado Nuestra Señora de la Merced SA", Fallos: 341:122).

Por ello, se declara inoficioso emitir un pronunciamiento en las presentes actuaciones. Exímase al recurrente de integrar el depósito cuyo pago se encontraba diferido en los términos de la acordada 47/91. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por el **Estado Nacional (Secretaría de Gobierno de Energía), demandada en autos**, representada por la **Dra. Mariana Cóccaro**, **en el doble carácter de letrada apoderada y patrocinante.**

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de Resistencia.**

DUPUY, JOSÉ LUIS c/ E.N.A. –EJÉRCITO ARGENTINO–
s/ Impugnación de acto administrativo

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien las resoluciones referentes a medidas cautelares no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos que exige el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario, esa regla cede cuando aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación posterior.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

La resolución apelada es asimilable a definitiva, en tanto la decisión del a quo que rechazó el pedido de levantamiento de la medida cautelar innovativa dictada en la causa, ocasiona a la demandada un agravio, pues la decisión precautoria posee los mismos alcances y efectos que tendría una eventual sentencia definitiva favorable a la parte actora; decisión que, a la vez, trae aparejada una alteración en la asignación de los recursos afectados al presupuesto de las Fuerzas Armadas que puede perturbar su normal desenvolvimiento y de ese modo, una eventual sentencia favorable a la demandada no importaría una reparación oportuna.

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

MEDIDA CAUTELAR

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.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar que ordenó la reincorporación del actor en las filas del Ejército Argentino, en tanto el a quo, para desestimar el pedido de levantamiento de la medida sostuvo que la circunstancia esgrimida por la apelante respecto al nuevo acto administrativo que modifica los recaudos cautelares, dado que resuelve la falta de relación entre la afección del actor y los actos de servicio, son cuestiones que exceden el acotado marco de análisis en los procesos cautelares, por lo que no corresponde que sea resuelto, cuando precisamente el acto administrativo al que se refiere, por medio del cual se declaró que la afección padecida por el soldado voluntario no guardaba relación con los actos del servicio, como todo acto administrativo goza de presunción de legitimidad e importa un elemento de suficiente relevancia que justifica revisar si se mantienen las circunstancias que motivaron, en su momento, el dictado de la medida cautelar.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que hizo lugar a la medida cautelar que ordenó la reincorporación del actor en las filas del Ejército Argentino, pues la afirmación de la cámara en cuanto a que la consideración de un nuevo acto administrativo excedía el acotado marco de conocimiento del proceso cautelar resulta insostenible, en tanto se imponía verificar si esa circunstancia, sobreviniente a que se hiciera lugar a la medida precautoria solicitada, restaba -o no- verosimilitud al derecho que había sido invocado en la demanda, y justamente las normas que dan marco al proceso cautelar autorizan que la vigencia de una medida de ese tenor sea revisada si se invoca que cesaron los motivos que dieron lugar a su dictado (arts. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 6 de la ley 26.854).

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

A fs. 139/145 de los autos principales (a cuya foliatura aludiré en lo sucesivo), la Cámara Federal de Mar del Plata, al confirmar lo resuelto

en la instancia anterior en cuanto había sido objeto de agravios por parte de la demandada Estado Nacional (Ejército Argentino), rechazó el pedido de levantamiento de la medida cautelar dictada en la causa.

Para decidir de esa manera, el vocal que votó en primer término sostuvo que por tratarse de un crédito salarial (y, por ende, de carácter alimentario), la medida cautelar estaba exceptuada de la limitación temporal prevista por el art. 5° de la ley 26.854.

Asimismo, en cuanto al agravio relativo a la falta de requerimiento al Estado Nacional del informe previo al que alude el art. 4° de la misma ley, expresó que desnaturalizaba los caracteres de inaudita parte, sin contradictorio y sin intervención de la contraria propios de las medidas cautelares, razón por la cual consideró que esa exigencia inconstitucional por ser contraria a lo dispuesto por los arts. 1°, 16, 43, 75 -incs. 22 y 23- y 116 de la Constitución Nacional y de diversas disposiciones de tratados internacionales con jerarquía constitucional, al restringir el acceso a la justicia de los ciudadanos cuando demandan al Estado Nacional y colocarlos en una situación de desigualdad procesal, en contradicción con los principios de tutela judicial efectiva y debido proceso legal.

En cuanto a la procedencia de mantener, o no, la cautelar dictada en autos, pedida con el objeto de reincorporar al actor en las filas del Ejército Argentino, señaló que no se observaba que hubieran variado las circunstancias que determinaron su acogimiento, puesto que la verosimilitud del derecho fundada en la arbitrariedad de un acto administrativo, que colisionaba con normas constitucionales, y las condiciones de necesidad económica imperiosa, la situación de salud del actor y la composición de su familia, de la que era el único soporte de subsistencia, se habían mantenido en el tiempo.

Agregó que la circunstancia esgrimida por el apelante respecto del nuevo acto administrativo, en el que se había determinado la falta de relación entre la afección del actor y los actos de servicio, constituía una cuestión que excedía el acotado marco del proceso cautelar.

El juez que votó en segundo lugar coincidió con los argumentos de su colega según los cuales el art. 4° de la ley 26.854 era inconstitucional y la exigencia temporal prevista por el art. 5° de la misma ley resultaba inaplicable al caso de autos. De igual modo, lo hizo respecto de la improcedencia del pedido de levantamiento de la medida cautelar, al no observar que las circunstancias que habían dado origen a los requisitos de procedencia de la medida cautelar hubieran cesado o variado de tal forma que ameritara su modificación o levantamien-

to. Finalmente, el tercer vocal de la cámara adhirió a los fundamentos de los votos de sus colegas.

-II-

Disconforme, el Estado Nacional (Ejército Argentino) interpuso el recurso extraordinario de fs. 149/159, cuya denegación dio origen a la queja en examen.

En sus agravios, defiende la constitucionalidad del art. 4° de la ley 26.854 sobre la base de considerar que la finalidad del informe previsto por la norma es que la autoridad dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud de la medida cautelar, y que el plazo procesal para contestarlo es sumamente exiguo. Agrega que, si se hubiera observado ese precepto, difícilmente habría sido concedida la medida precautoria, pues lo actuado en el ámbito castrense respecto del actor estuvo ajustado a derecho; ello, en tanto su baja fue por haber alcanzado el límite de edad al que se refiere el art. 10 de la ley 24.429.

Por otra parte, se queja de que el *a quo* haya considerado que no se habían modificado cuestiones fundamentales que justificaran disponer el levantamiento de la medida cautelar, sin tener en cuenta que, luego de dictada esa decisión precautoria, había determinado -mediante un acto administrativo firme y consentido que fue agregado como prueba en la causa- que la afección del actor no guardaba relación con los actos del servicio.

Considera arbitrario que, si el actor excede el límite de edad establecido por la ley 24.429 y su dolencia no guarda relación con los actos del servicio, se ordene su reincorporación al Ejército, pues ello va más allá de la normativa aplicable. Concluye, por tal razón, en que la cámara no extremó los recaudos para verificar si la parte actora había acreditado la verosimilitud del derecho invocado.

También estima insuficiente la sola manifestación del actor para considerar configurado el requisito del peligro en la demora, sin que se advierta que los derechos invocados en la demanda pudieran tornarse ilusorios durante el tiempo que transcurra hasta la sentencia definitiva-

Por último, considera que como el Estado Nacional no tiene la obligación legal de pagarle el salario al actor, no se verifica en el caso la presencia de un crédito alimentario.

-III-

En orden a verificar si en autos concurren los presupuestos para habilitar la instancia de excepción, cabe recordar que las resoluciones referentes a medidas cautelares no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos que exige el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 310:681; 313:116, entre muchos otros); pero esa regla cede cuando aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación posterior (Fallos: 316:1833; 328:4493 y 4763, entre otros).

Sobre la base de tales premisas, considero que, en el *sub lite*, la resolución apelada es asimilable a definitiva, tanto la decisión del *a quo*, en cuanto rechazó el pedido levantamiento de la medida cautelar innovativa dictada en la causa, ocasiona a la demandada un agravio de esa naturaleza, pues la decisión precautoria posee los mismos alcances y efectos que tendría una eventual sentencia definitiva favorable a la parte actora; decisión que, a la vez, trae aparejada una alteración en la asignación de los recursos afectados al presupuesto de las Fuerzas Armadas que puede perturbar su normal desenvolvimiento; de ese modo, una eventual sentencia favorable a la demandada no importaría una reparación oportuna (v. causas P. 436, L. XLVI, "Plá José Maria otros c/ E.N.A. Minist. De Defensa s/ ordinario" y C. 59, L. XLIX, "Claro, Miguel Ángel c/ Estado Nacional s/ apelación medida cautelar", sentencias del 26 de septiembre de 2012 y del 19 de marzo de 2014, respectivamente; entre otros).

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 a las circunstancias del caso (Fallos: 318:2431; 329:3464, entre otros).

-V-

Ante todo, cabe destacar que la medida cautelar dictada en la causa por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata quedó firme, y en esta oportunidad debe examinarse el planteo de la parte demandada en los términos del art. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según el cual las medidas cautelares subsisten mientras duran las circunstancias que las determinaron, y puede requerirse su levantamiento en cualquier momento en que aquellas

cesaren. Análoga disposición se encuentra en el art. 6° de la ley 26.854 (ley de medidas cautelares contra el Estado Nacional).

En efecto, 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 cualquier tiempo cuando cambian las circunstancias en las que fue dictado (Fallos: 321:3384; 327:202, entre otros).

Sentado lo anterior, es menester señalar que el actor inició la demanda de autos contra el Estado Nacional (Ejército Argentino) a fin de obtener que se deje sin efecto el acto administrativo por el cual se dispuso su baja de las filas de esa fuerza armada (en la que se desempeñaba como soldado voluntario en el Regimiento de Caballería de Tanques 10 "Húsares de Pueyrredón" con base en la ciudad de Azul, Provincia de Buenos Aires) , ordenada -según afirmó- por haber alcanzado los 28 años de edad establecido como límite para permanecer en el régimen del servicio militar voluntario, cuando se encontraba en recuperación de un accidente de trabajo sufrido mientras realizaba tareas para la demandada. En ese marco, pidió que se dictara una medida cautelar por la cual se ordenara su reincorporación al Ejército, hasta tanto recayera sentencia definitiva (v. fs.- 18/29).

A fs. 51/53, la Cámara Federal de Mar del Plata revocó lo resuelto en primera instancia y concedió la medida cautelar solicitada por el actor.

Para ello, tuvo en cuenta que se trataba de un caso de supervivencia porgue el actor no podía hacer frente a las necesidades básicas de subsistencia y necesitaba en forma imperiosa contar con medios suficientes para hacer frente a las necesidades más básicas como era la salud; indicó que el actor había alegado tener a su cargo cuatro hijos menores de edad, en "una difícil situación económica al quedar sin trabajo militar, **con una dolencia prima facie producida en dicho ámbito durante su permanencia en esa fuerza** y de persistir en esas condiciones producto de la decisión castrense, muchas veces discrecional y arbitraria, tal situación no satisface ni por asomo las necesidades básicas elementales, con protección constitucional; por ello, en el ámbito de probabilidad de la cognición cautelar, valoro que la verosimilitud del derecho invocado se encuentra prima facie acreditada" (del voto del vocal Ferro, al que adhirió el restante integrante de la cámara; el énfasis es agregado).

Con relación al peligro en la demora, el *a quo* estimó que estaba acreditado porque el supuesto perjuicio era inminente y respondía a una necesidad efectiva y actual.

Posteriormente, en oportunidad de contestar la demanda, el Estado Nacional (Ejército Argentino) solicitó el levantamiento de la medida cautelar, con sustento en el art. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, toda vez que -a su entender- existían circunstancias sobrevinientes a su dictado, como era la orden del comandante de la 3a División del Ejército, que, previa intervención de la Junta Médica Regional de la Guarnición Militar "Buenos Aires", había declarado que la afección padecida por el actor no guardaba relación con los actos del servicio, disposición que fue notificada al causante el 24 de septiembre de 2013. Sin perjuicio de ello, con sustento en que con posterioridad a que se otorgara la medida cautelar había sido dictada la ley 26.854, cuyo art. 5° establecía que debía fijarse un límite temporal razonable para la vigencia de ese tipo de decisiones, pidió que se levantara la medida precautoria dictada por no adecuarse a la normativa vigente en la materia (v. fs. 108/111).

Esa petición fue desestimada en primera instancia y, como se dijo en el acápite I de este dictamen, dicha decisión fue confirmada por la Cámara Federal de Mar del Plata.

A mi modo de ver, la sentencia apelada resulta arbitraria, en tanto el *a quo*, para desestimar el pedido de levantamiento de la medida cautelar dictada en la causa, sostuvo que 'la circunstancia esgrimida por la apelante respecto al nuevo acto administrativo que modifica los recaudos cautelares dado que resuelve la falta de relación entre la afección del actor y los actos de servicio, son cuestiones que exceden el acotado marco de análisis en este tipo de proceso cautelar, por lo que no corresponde que sea aquí resuelto" (v. fs. 141, voto del juez Ferro, al que adhirieron sus colegas del tribunal) cuando precisamente el acto administrativo al que se refiere, esto es, la orden del comandante de la 3a División de Ejército "Tte. Gr1. Julio Argentino Roca" por medio de la cual se declaró que la afección padecida por el soldado voluntario José Dupuy no guardaba relación con los actos del servicio (v. fs. 98/99), como todo acto administrativo goza de presunción de legitimidad e importa un elemento de suficiente relevancia que justifica revisar si se mantienen las circunstancias que motivaron, en su momento, el dictado de la medida cautelar por la cual se ordenó reincorporar al actor a las filas del Ejército, máxime cuando en aquella oportunidad esa decisión había sido adoptada por considerar -entre otros elementos de juicio que fueron tenidos en cuenta, vinculados con el alegado estado de necesidad del actor y su grupo familiar- que la afección que aquél sufría se había producido *prima facie* en el ámbito castrense durante su permanencia en la fuerza.

Además, desde mi punto de vista resulta insostenible la afirmación de la cámara en cuanto a que la consideración de ese acto administrativo excedía el acotado marco de conocimiento del proceso cautelar, pues se imponía verificar si esa circunstancia, sobreviniente a que se hiciera lugar a la medida precautoria solicitada, restaba -o no- verosimilitud al derecho que había sido invocado en la demanda, y justamente las normas que dan marco al proceso cautelar autorizan que la vigencia de una medida de ese tenor sea revisada si se invoca que cesaron los motivos que dieron lugar a su dictado (arts. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 6° de la ley 26. 854).

En consecuencia, entiendo que lo decidido afecta de manera directa e inmediata las garantías constitucionales invocadas (conf. art. 15 de la ley 48), por lo que corresponde descalificar el fallo de acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal en materia de arbitrariedad de sentencias.

En atención al modo en que se resuelve, estimo que se ha tornado innecesario el tratamiento de los restantes agravios.

-VI-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja interpuesta, dejar sin efecto la sentencia de fs. 139/145 en cuanto fue materia de recurso extraordinario y devolver las actuaciones al tribunal de procedencia, a fin de que se dicte una nueva conforme a derecho. Buenos Aires, 4 de junio de 2018. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Dupuy, José Luis c/ E.N.A. -Ejército Argentino- s/ impugnación de acto administrativo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que este Tribunal comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que se remite, por razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Exímase al recurrente de integrar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Vuelvan los autos al tribunal de origen, para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con el alcance indicado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por el **Estado Nacional, Ejército Argentino, parte demandada**, representado por el **Dr. Germán Víctor Soto**, con el patrocinio letrado del **Dr. Miguel Quartino Resumil.**

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2, de la ciudad de Azul.**

GIMÉNEZ, DIEGO DAVID c/ GALENO ART S.A. s/ ACCIDENTE - LEY ESPECIAL

DEPOSITO PREVIO

Resulta inadmisible el pedido de prórroga para efectuar el depósito previo previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, toda vez que no se invoca motivo alguno que la sustente y no se advierte en el caso la configuración de un supuesto de fuerza mayor o causa grave que justifique el incumplimiento de una exigencia enteramente previsible ni de carácter perentorio de los plazos procesales.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que la recurrente solicita una prórroga para efectuar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a cuyo pago fue intimada con fecha 17 de septiembre de 2020. Aduce que en el plazo de cinco (5) días hará efectivo el mencionado depósito.

Que tal petición resulta inadmisible toda vez que no se invoca motivo alguno que la sustente y no se advierte en el caso la configuración de un supuesto de fuerza mayor o causa grave que justifique el incumplimiento de una exigencia enteramente previsible (Fallos: 324:793, 794 y su cita; 328:3290) ni de carácter perentorio de los plazos procesales (art. 155 cód. cit., Fallo 324:795 y su cita y causa "Romero, Sonia Carolina" Fallos: 342:1510).

Por ello, se rechaza la prórroga solicitada y se desestima la presentación directa. Reintégrese el depósito realizado en forma tardía. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por **Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A., demandada en autos,** representada por la **Dra. Mirna Isabel Kaploean.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 16.**

HARLAP, ANA MARÍA c/ OSDE ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS s/ DESPIDO

RELACION DE DEPENDENCIA

Es arbitraria la sentencia que condenó a la empresa de medicina prepaga al pago de distintos créditos derivados de una relación que consideró encuadrada en la Ley de Contrato de Trabajo, pues la cámara prescindió de examinar pormenorizadamente las particularidades del vínculo mantenido entre los litigantes, puestas de manifiesto por diversas medidas de prueba que no fueron debidamente consideradas.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien los agravios de la recurrente remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común como es la atinente a la existencia o inexistencia de relación laboral entre las partes y dicha cuestión es regularmente ajena a la instancia extraordinaria, cabe hacer excepción a ese principio cuando el tribunal a quo no ha dado tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con las constancia de la causa y la normativa aplicable.

RELACION DE DEPENDENCIA

Es arbitraria la sentencia que condenó a la empresa de medicina prepaga al pago de distintos créditos derivados de una relación que consideró encuadrada en la Ley de Contrato de Trabajo, pues de la prueba testifical y pericial se extrae que la actora recibía de la demandada pagos variables en función de la cantidad de pacientes internados o ambulatorios que atendía, elementos que dan cuenta de la libertad de horarios con que los profesionales prestaban sus servicios, de la posibilidad de hacerse reemplazar por otro y de la atención de pacientes en forma privada para otras obras sociales o seguros médicos.

MEDICINA PREPAGA

Es arbitraria la sentencia que condenó a la empresa de medicina prepaga al pago de distintos créditos derivados de una relación que consideró encuadrada en la Ley de Contrato de Trabajo, toda vez que el tribunal de

alzada afirmó, sin mayores precisiones, que era la demandada quien organizaba el trabajo y requería los servicios de la trabajadora basándose en declaraciones poco claras e imprecisas respecto de quién ejercería el poder de dirección y disciplinario sobre los profesionales médicos.

MEDICINA PREPAGA

Es arbitraria la sentencia que condenó a la empresa de medicina prepaga al pago de distintos créditos derivados de una relación que consideró encuadrada en la Ley de Contrato de Trabajo, pues la cámara no advirtió que cobraba especial relevancia la circunstancia de que las partes estuvieron contestes en señalar que una gerenciadora intervenía en la prestación de servicios de psicopatología a los afiliados de la demandada, extremo que no podía dejar de ponderarse a los efectos de proporcionar una adecuada solución al problema planteado en tanto tenía aptitud suficiente para incidir en la configuración de las condiciones en que se desarrolló la vinculación entre las partes.

LOCACION DE SERVICIOS

Resulta carente de basamento legal la afirmación de la cámara laboral según la cual la locación de servicios del derecho civil ha quedado abrogada toda vez que, por un lado, dicha afirmación no encuentra sustento en la legislación civil y por el otro, se opone a la normativa laboral dado que el propio artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo -que solo contiene una presunción iuris tantum y no iure et de iure- admite que la prestación de servicios se cumpla bajo una forma jurídica ajena a la legislación del trabajo, siendo la locación de servicios autónomos un contrato civil típico y habitual en el ámbito de los servicios profesionales.

-Del precendente "Rica" (Fallos: 341:427) al que la Corte remite-

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

La Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado la deman-

da y, en consecuencia, condenó a Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE), a abonar indemnizaciones por despido y multas por falta de registro de la relación laboral (fs. 345/352 de las actuaciones principales, a las que me referiré salvo aclaración en contrario).

Señaló que la demandada reconoció la atención psiquiátrica de pacientes afiliados a OSDE por parte de la actora y la calificó como una locación de servicios. Al respecto, sostuvo que el contrato de locación de servicios ya no existe en nuestro ordenamiento jurídico e intentar utilizar esa figura sería inconstitucional. No obstante ello, con base en el principio de primacía de la realidad, consideró operativa la presunción prevista en el artículo 23 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo.

Indicó, en función de la prueba testimonial, que se trató de una prestación de carácter laboral brindada de manera habitual, continua, personal y no fungible, entre junio de 1999 y septiembre de 2011, con inserción en una estructura empresarial organizada por la demandada, la cual requería de sus servicios y recibía una rendición de cuentas semanal respecto de los pacientes atendidos, beneficiándose de ello a cambio de una retribución.

Agregó que la demandada no había acreditado en autos que la actora gozare de una independencia de conducta personal y señaló que el contrato de locación de servicios invocado por OSDE constituyó un acto fraudulento contrario al orden público laboral, inoponible al trabajador por afectar derechos irrenunciables.

Concluyó que la negativa de la demandada a reconocer la naturaleza laboral de la prestación constituyó una injuria que justificó el despido decidido por la actora y dio lugar a las indemnizaciones y multas laborales reclamadas.

-II-

Contra esa decisión la demandada dedujo recurso extraordinario federal (fs. 355/380), que fue contestado (fs. 382/392) y denegado (fs. 394/395), lo que dio origen a la presente queja (fs. 65/69 del cuaderno respectivo).

Se agravia con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, porque la sentencia no aplicó el derecho vigente a las circunstancias comprobadas de la causa e hizo una errónea valoración de la prueba producida.

Por un lado, considera que se encuentra acreditado que no medió entre las partes una relación de naturaleza laboral sino civil -contrato de servicios- pues la actora se desempeñaba con autonomía funcional

y operativa. En ese sentido, argumenta que la doctora Harlap brindaba prestaciones psiquiátricas a los afiliados de OSDE y a pacientes propios, tanto en su consultorio como en la clínica o sanatorio en donde se encontraban internados, pero que la demandada no cuenta con plantel médico, sanatorios, laboratorios o consultorios propios, sino que contrata a cada profesional o servicio que requiera para cumplir con su objeto social y desarrollar su actividad como agente del seguro de salud, aplicando a ese fin los fondos provenientes de los aportes de sus afiliados.

Postula que los servicios no eran personales e infungibles, ya que los médicos intercambiaban sus días de atención. Agrega que la actora decidía la cantidad de pacientes que atendía, no tenía horarios fijos, ni control sobre sus entradas y salidas, y el riesgo económico corría por su cuenta, ya que no cobraba honorarios si no realizaba la atención médica. Argumenta que la actora tuvo un amplio margen de negociación al determinar el modo de ejecución de la prestación y su retribución, y que ello se mantuvo durante doce años sin que la demandante efectuara reclamo alguno. Sobre esa base, sostiene que no existió subordinación técnica, jurídica y económica.

En particular, remarca que la cámara realizó una sesgada valoración de la prueba testimonial pues ponderó las declaraciones de Stella Maris Defagot y Delia María Zúccolo, que mantenían acciones judiciales contra OSDE por igual causa, pero desestimó los testimonios de Paula Fabiana Catáneo y Stella Maris Rodríguez, favorables a la demandada, y realizó una errónea interpretación de las versiones brindadas por Antonieta Bertullo y Liliana Graciela Varela, que desacreditan la existencia de un contrato de trabajo.

Arguye que la sentencia en crisis no ponderó las conclusiones del peritaje contable, los resultados de la prueba informativa y el reconocimiento de la actora de que cobraba sus servicios a través del posnet instalado en su consultorio, y que esos elementos acreditaban la independencia y autonomía profesional, operativa y técnica de la demandante.

Por otro lado, sostiene que la sentencia es infundada ya que infirió la existencia del vínculo laboral desde la falsa premisa de que el contrato de servicios es inconstitucional y del errado supuesto de que OSDE no logró desvirtuar la presunción contenida en el artículo 23 de la ley 20.744. En ese sentido, señala que la sentencia se aparta de los precedentes de la Corte en Fallos: 326:3043, “Bertola”, y 333:53, “Cairone”, que descartan la aplicación del artículo 23 de la ley de contrato de trabajo a casos como los aquí tratados.

Agrega que la integración de la *litis* es contradictoria y deficiente ya que debió incluir a la "Clínica Santa Rosa", establecimiento donde la actora prestaba sus servicios, y a la fundación PROSAM, que le impartía directivas., considera que la sentencia en crisis desconoció los verdaderos alcances atribuidos a OSDE, como prestadora de salud, por las leyes 23.660 y 23.661.

Concluye que lo resuelto trasciende el interés de las partes y reviste gravedad institucional, toda vez que pone en riesgo la continuidad de los servicios de atención de salud de los afiliados de OSDE, al promover la multiplicación de demandas por parte de los cientos de profesionales contratados por la organización.

-III-

Cabe señalar que a fojas 75/76 del cuaderno de queja la Corte declaró, por mayoría, la procedencia del recurso extraordinario con base en que sus planteos, mantenidos en la queja, podrían, *prima facie*, involucrar cuestiones de orden federal susceptibles de examen en la instancia del artículo 14 de la ley 48, sin que ello implique emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

No obstante, estimo que las objeciones planteadas por el recurrente remiten al estudio de cuestiones ajenas a la instancia federal pues lo relativo a la supuesta deficiencia en la traba de la litis y la existencia o inexistencia de un vínculo laboral entre las partes y a la apreciación de los elementos demostrativos de aquel remiten al análisis de temas de hecho, prueba y derecho común y procesal que, como regla, son propios de los jueces de la causa y ajenos al recurso previsto por el artículo 14 de le ley 48 (dictamen de la Procuración General de la Nación al que se remitió la Corte Suprema en Fallos: 329:3855; "Vigencia Cooperativa"; Fallos: 329:4032, "Grosvald"; dictámenes de esta Procuración General de 9 de diciembre de 2015 en autos CSJ 123/2014 (50-O)/ CSI, "Oviedo, Javier Darío c/ Telecom Arg. SA y otros s/ despido"; de 23 de febrero de 2016 en autos CNT 32547/2011/RH1, "Correa, Eduardo Javier c/ Tel 3 S.A. y otros s/ despido"; y de 22 de noviembre de 2017, en autos CNT 3828/2012/2/RH1, "Bermejo, Cecilia Irma c/ Dra. Carolina Carminatti SRL y otros s/ despido", entre otros) máxime cuando lo resuelto se funda en argumentos no federales que resultan suficientes para sustentar la decisión e impiden su descalificación como acto judicial (Fallos: 308:986, "Frieboes"; dictamen de la Procuración General de la Nación al que se remitió la Corte Suprema en Fallos: 328:2031, "Gador"; entre otros).

La doctrina de la arbitrariedad es de carácter excepcional y no tiene por objeto corregir fallos meramente equivocados, sino aquellos en los que las deficiencias lógicas del razonamiento o la total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el decisorio como sentencia fundada en ley, a la que aluden los artículo 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 311:786, "Brizuela"; 312:246, "Collinao"; entre otros).

En primer lugar, cabe resaltar que, en el caso, la demandada reconoció la prestación de servicios de la actora (fs. 28/50) y, en consecuencia, la cámara estimó aplicable la presunción prevista en el artículo 23 de la ley 20.744.

Resaltó que de la prueba documental y los testimonios surge que la actora se encontraba inserta en una estructura empresaria ajena, con habitualidad y continuidad, y que la demandada organizaba el trabajo, requería los servicios y recibía una rendición de cuentas semanal respecto de los pacientes atendidos. Consideró que la presunción, además de recibir aval probatorio suficiente, no fue desvirtuada adecuadamente por la demandada.

En particular, efectuó un análisis conjunto de las versiones testimoniales de las médicas Stella Maris Defagot (fs. 190/192), Delia María Zúccolo (fs. 193/194), Antonieta Bertullo (fs. 195/196) y Liliana Graciela Varela (fs. 196 *bis*/197), y las empleadas administrativas de la Clínica Santa Rosa Psicopatología SA Paula Fabiana Catáneo (fs. 237/238) y Stella Maris Rodríguez (fs. 239/240), y se inclinó, en definitiva, por la existencia de un vínculo laboral, sin que la integración de esos testimonios, parcialmente contrapuestos, exceda el margen de razonabilidad.

A su vez, frente a lo argumentado por el recurrente, no lucen como dirimentes los resultados del peritaje contable, ya que éste acredita los pagos efectuados por OSDE a Harlap a través del servicio de posnet pero no se pronunció sobre otros puntos solicitados por la demandada porque no se le exhibió la documentación requerida (fs. 255/268 y 273/274).

Tampoco logran desvirtuar las conclusiones del *a quo* los informes brindados por PROSAM, que detalló su vínculo con OSDE para brindar prestaciones de psicopatología (fs. 224), y Clínica Santa Rosa Psicopatología SA, que informó que la actora atendió pacientes como médica de la demandada, que disponía de una llave electrónica para activar las puertas internas, y que no cumplía horarios específicos (fs. 213).

Además, estimo que las consideraciones generales vertidas por la cámara respecto del contrato de servicios no son determinantes para

calificar como laboral el vínculo ni vician el razonamiento cuestionado, toda vez que la sentencia arribó a esa conclusión con base en la prueba producida, en su articulación con el principio de primacía de la realidad y en la presunción normativa de la existencia de una relación de trabajo.

En ese marco, entiendo que el *a quo* realizó una interpretación del artículo 23 de la ley 20.744 y de los elementos probatorios del caso que, más allá de su grado de acierto o error, no resulta irrazonable sin que la mera discrepancia de la recurrente pueda configurar un supuesto de arbitrariedad.

En segundo lugar, con respecto a la invocación de los procedentes "Bertola" y "Cairone", cabe poner de resalto que se trata de supuestos fácticos disímiles a los de este caso, pues allí se examinaban vínculos contractuales que reunían características específicas aquí ausentes, como el grado de autonomía inherente a la función de jefatura y su incidencia sobre la organización, negociación y distribución de los honorarios totales devengados, en el primer caso, o, en el segundo, la participación de un tercero distinto de la demandada que actuaba como agente de cobro y retención de los honorarios profesionales frente a las obras sociales y prepagas.

En tercer lugar, el planteo que cuestiona la integración de la *litis*, además de ser ajeno a la instancia, fue introducido de manera tardía, ya que las supuestas deficiencias apuntadas por la recurrente no encuentran origen en la sentencia atacada, ni fueron articuladas en la instancia previa. Para mas, la demanda identifica como único empleador a OSDE, y no se advierte un vicio de carácter palmario que anule las actuaciones.

Por último, estimo que la invocación de la doctrina de la gravedad institucional debe ser desestimada pues sólo faculta a la Corte a prescindir de ciertos requisitos formales, pero no a suplir la inexistencia de cuestión federal (Fallos: 325:2534, "Risso"; 326:183, "Magnin Lavisse"; 328:3061, "Austral Líneas Aéreas"; 333:360, "Sagarduy", entre otros)y, además, las circunstancias alegadas por el recurrente -posibilidad de que otros médicos vinculados a OSDE inicien demandas laborales similares- no constituyen un gravamen actual.

-IV-

Por lo expuesto, opino que corresponde rechazar la queja. Buenos Aires, 27 de junio de 2019. *Víctor Abramovich.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por OSDE Organización de Servicios Directos Empresarios en la causa Harlap, Ana María c/ OSDE Organización de Servicios Directos Empresarios s/ despido".

Considerando:

1°) Que la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia dictada en primera instancia para admitir la demanda tendiente al cobro de distintos créditos derivados de una relación que consideró encuadrada en la Ley de Contrato de Trabajo.

2°) Que para así decidir (fs. 345/352 de los autos principales, a cuya foliatura se aludirá en lo sucesivo), la cámara sostuvo que la demandada había reconocido la prestación de servicios de la actora —de profesión médica psiquiatra—, aunque encuadrándola en una locación de servicios. Sin embargo, continuó, al margen de señalar que ello generaba la presunción de un contrato de trabajo, "en los últimos cincuenta años ningún civilista destacado ha aceptado la existencia de este contrato y todos han dado cuenta de su abrogación". Afirmó que "el contrato de locación de servicios no existe más en ningún ámbito del derecho; si alguien intentara utilizarlo estaría desarrollando una conducta inconstitucional ya que […] el trabajo no es una mercancía y que goza de la protección de las leyes entrando ya ahora en el art. 14 bis". Por ello, juzgó que la suscripción de tales convenios constituye actos fraudulentos contrarios al orden público laboral.

Sentado ello, el tribunal de alzada estimó que los testigos de la demandante daban cuenta del trabajo insertado en la estructura empresaria de la demandada, que era quien lo organizaba y requería los servicios de la trabajadora, que debía rendir cuenta semanalmente de los pacientes atendidos.

En suma, concluyó, no había "la menor duda de la existencia en el caso de un verdadero contrato de trabajo".

3°) Que, con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, OSDE interpuso el recurso extraordinario (fs. 361/380) cuya denegación dio origen a la queja que mediante sentencia del 3 de octubre de 2018 el Tribunal, por mayoría, declaró formalmente admisible.

En su memorial, la apelante asevera, en lo sustancial, que la formulación teórica referida a la derogación del contrato de locación de servicios no cuenta con respaldo alguno en nuestro ordenamiento jurídico. Agrega que no concurren en el caso las notas típicas de la dependencia laboral, ya que la actora no estaba sujeta a horarios ni obedecía órdenes de trabajo, tampoco dependía económicamente de los honorarios que le abonaba.

4°) Que si bien los agravios de la recurrente remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común como es la atinente a la existencia o inexistencia de relación laboral entre las partes y dicha cuestión es regularmente ajena a la instancia extraordinaria, cabe hacer excepción a ese principio cuando, como ocurre en el caso, el tribunal *a quo* no ha dado tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con las constancia de la causa y la normativa aplicable (Fallos: 312:683; 315:2514; 323:2314; 326:3043, entre muchos otros).

5°) Que las objeciones relativas a la afirmación de la alzada relativa a la abrogación de la figura jurídica-contractual de la locación de servicios del derecho civil, encuentran respuesta suficiente en las consideraciones y conclusiones expresadas por esta Corte en el precedente "Rica", Fallos: 341:427, a las que corresponder remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

6°) Que, respecto de los restantes agravios, asiste razón a la apelante en materia de arbitrariedad pues la cámara prescindió de examinar pormenorizadamente las particularidades del vínculo mantenido entre los litigantes, puestas de manifiesto por diversas medidas de prueba que no fueron debidamente consideradas. En efecto, como sostuvo la apelante al contestar los agravios expresados por su contraria respecto del fallo de origen (fs. 330/341), de la prueba testifical y pericial se extrae que la actora recibía de la demandada pagos variables en función de la cantidad de pacientes internados o ambulatorios que atendía (fs. 190/192, 193/194, 195/196, 196 bis/197 y 255/268). Esos elementos, además, dan cuenta de *la libertad de horarios con que los profesionales prestaban sus servi-*

cios (fs. 237/238 y 239/240), de la posibilidad de hacerse reemplazar por otro y de la atención de pacientes en forma privada para otras obras sociales o seguros médicos (fs. 196 bis/197 cit.).

Nada de ello fue evaluado por el *a quo*, pese a que había sido concretamente llevado a su conocimiento por la demandada. Antes bien, el tribunal de alzada afirmó, sin mayores precisiones, que "…era la demandada quien organizaba el trabajo y requería los servicios de la trabajadora…" (sic; fs. 348), basándose en declaraciones poco claras e imprecisas respecto de quién ejercería el poder de dirección y disciplinario sobre los profesionales médicos (v. fs. 190/192, 193/194 y 196 bis/197 cit.).

7°) Que, por lo demás, la cámara no advirtió que en el contexto descripto, cobraba especial relevancia la circunstancia de que desde la traba misma de la litis (fs. 5/19 y 28/50) las partes estuvieron contestes en señalar que una gerenciadora —Fundación PROSAM— intervenía en la prestación de servicios de psicopatología a los afiliados de OSDE. Tal extremo, que resultó respaldado por diversas constancias agregadas a la causa (fs. 190/192, 193/194, 195/196 y 221/224), no podía dejar de ponderarse a los efectos de proporcionar una adecuada solución al problema planteado pues tenía aptitud suficiente para incidir en la configuración de las condiciones en que se desarrolló la vinculación entre las partes, más allá de que la mencionada institución no haya sido traída al juicio.

Por lo expuesto, el fallo impugnado resulta descalificable con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad, sin que ello implique sentar criterio alguno acerca de la solución que en definitiva corresponda adoptar.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas por su orden (art. 68, 2° párrafo 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. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti.

Recurso de queja interpuesto por **OSDE Organización de Servicios Directos Empresarios, demandada en autos**, representada por el **doctor Máximo Julio Fonrouge, en calidad de apoderado.**

Tribunal de origen: **Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 74.**

LECCESE, MARÍA DEL VALLE C/ AFIP S/ NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que declaró la nulidad de los actos administrativos y dictámenes que trataron y resolvieron las impugnaciones que efectuó el actor a la calificación de su desempeño laboral efectuada por la AFIP, pues la decisión se sustentó en que los recursos interpuestos por la actora fueron resueltos por un mismo funcionario que, además, carecía de competencia para hacerlo, y de la causa surge la existencia de una decisión de la máxima autoridad de la demandada sobre el punto en disputa, lo cual resultaba de capital importancia para resolver el caso y, sin embargo, no fue objeto de consideración por el tribunal de grado, demostrando así que la sentencia solo efectuó una interpretación fragmentada de las circunstancias de la causa.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Leccese, María del Valle c/ AFIP s/ nulidad de acto administrativo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que María del Valle Leccese interpuso demanda contra la Administración Federal de Ingresos Públicos a fin de obtener la declara-

ción de nulidad de actos administrativos (disposiciones DV RRTU 1/07, 2/07 y 2/08) y dictámenes que trataron y resolvieron las impugnaciones que efectuó a la calificación de su desempeño laboral en los períodos marzo de 2003-febrero de 2004 y marzo de 2004-febrero de 2005.

2°) Que, al revocar parcialmente la decisión del juez de primera instancia, la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán admitió el reclamo relacionado con la calificación del segundo de los períodos mencionados y, en consecuencia, declaró la nulidad de las disposiciones DV RRTU 01/07, 02/07 y 02/08.

Para decidir de esta forma entendió que, en cuanto al período marzo de 2003-febrero de 2004, la impugnación formulada en sede administrativa resultaba extemporánea, por lo que se encontraba firme y no podía ser revisada en sede judicial.

Respecto a la calificación del restante período, consideró que las garantías constitucionales de la actora no habían sido respetadas al sustanciarse el procedimiento impugnatorio pues tanto el recurso de reconsideración como el recurso jerárquico por ella deducido habían sido resueltos por su superior directo, el jefe de la sección determinaciones de oficio de la dependencia donde prestaba servicios. Agregó que las disposiciones DV RRTU 1/07 y 2/07 habían decidido un planteo de reconsideración ya resuelto cuando "…lo pertinaz era elevar las actuaciones al superior para que resolviera el recurso jerárquico en subsidio" (confr. fs. 342 vta./343 de los autos principales a cuya foliatura se aludirá en lo sucesivo).

Finalmente, agregó que los actos mencionados reducían la discusión a lo meramente formal sin justificar las razones por las que se había disminuido la calificación del desempeño de la demandante.

3°) Que dicha decisión motivó un pedido de aclaratoria (fs. 348/350) y un posterior recurso extraordinario (fs. 354/388) de la parte demandada.

El *a quo* hizo lugar al primero de esos planteos y aclaró que en el punto II de la parte resolutiva de la sentencia de fecha 3 de octubre de 2016 "…en vez de Disposiciones N° 01/07 y 02/08, deberá decir 'Disposiciones 02/07 y N° 214/08'", ello atento a que había existido un error en la cita numérica de las disposiciones involucradas en el caso.

Posteriormente, denegó el remedio federal de la Administración Federal de Ingresos Públicos, lo que dio origen a la queja en examen.

4°) Que si bien las objeciones a las sentencias, relativas a la apreciación que en estas se efectúa de las cuestiones de hecho y prueba son ajenas, por principio, al recurso extraordinario, cabe admitir su procedencia en aquellos supuestos donde el acto jurisdiccional carece de los requisitos que lo sustenten válidamente como tal, en razón de la arbitrariedad manifiesta derivada del apartamiento de constancias comprobadas de la causa (doctrina de Fallos: 325:1511; 326:3734; 327:5438; 330:4983).

5°) Que tal situación se configura en el *sub lite*, pues la conclusión a la que arribó la cámara respecto a que los recursos interpuestos por la actora fueron resueltos por un mismo funcionario que, además, carecía de competencia para hacerlo, se sustentó en una equivocada valoración de los antecedentes obrantes en la causa.

En efecto, ese razonamiento omitió considerar que mediante la disposición AFIP 214/08 –cuya copia obra agregada a fs. 148/159- el Director de la Dirección General Impositiva a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos expresamente había desestimado el recurso jerárquico interpuesto por la actora contra la calificación que se le asignara por el período comprendido entre marzo de 2004 y febrero de 2005.

Tal antecedente, que pone de manifiesto la existencia de una decisión de la máxima autoridad de la demandada sobre el punto en disputa, resultaba de capital importancia para resolver el caso y, sin embargo, no fue objeto de consideración por el tribunal de grado, lo que demuestra que la sentencia solo efectuó una interpretación fragmentada de las circunstancias de la causa.

6°) Que no obsta a lo hasta aquí señalado el hecho de que, al hacer lugar al pedido de aclaratoria de la demandada, el *a quo* haya señalado que la declaración de nulidad alcanzaba a la disposición AFIP 214/08, pues ni en ese pronunciamiento ni en la sentencia aclarada se efectuó consideración alguna acerca de dicho acto que pudiera justificar un pronunciamiento en el sentido indicado.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Exímase a la recurrente de efectuar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por la **Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), demandada en autos**, representada por la **Dra. María José Rodríguez Campo.**

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Tucumán.**

LIENDRO, ANA ISABEL c/ FIDEICOMISO FONDO de COMPENSACIÓN AMBIENTAL ACUMAR s/ Despido

COMPETENCIA

Corresponde a la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal entender en la demanda por despido iniciada contra la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), pues dicha competencia judicial surge del carácter público del organismo demandado y, por tanto, con derecho a litigar en el fuero federal, en tanto el art. 1° de la ley 26.168 dispuso la creación de la accionada como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

COMPETENCIA

Los agravios suscitan cuestión federal bastante que habilitan su tratamiento por la vía extraordinaria, pues si bien los pronunciamientos en

materia de competencia no autorizan, en principio, la apertura de la instancia del art. 14 de la ley 48 por no estar satisfecho el recaudo de sentencia definitiva, corresponde hacer excepción a dicha regla y admitir el recurso deducido cuando se denegó el fuero federal oportunamente reclamado por la recurrente.

CUESTIONES DE COMPETENCIA

No corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales para dirimir cuestiones de competencia ya que no puede soslayarse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio.

COMPETENCIA

El Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 2 de Morón es incompetente para entender en una demanda por despido contra la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), pues se ha señalado repetidamente que su competencia está limitada a los supuestos establecidos en los considerandos 20 a 22 de la sentencia dictada en la causa "Mendoza", vinculados estrictamente con la ejecución de ese pronunciamiento y a las acciones cuyo objeto sea la revisión judicial de decisiones de la ACUMAR.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

La Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la excepción de incompetencia opuesta por la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo -ACUMAR- en la que dicho ente sostenía que la presente causa, por la persona demandada y por la materia, debía tramitar ante el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional nº 2 de Morón, a cargo de la causa "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios" (fs. 151/152, 185/186 y 188, del expediente principal, al que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario).

El tribunal sostuvo la competencia de la justicia nacional del trabajo por aplicación de los artículos 20 y 21 de la Ley 18.345 de Procedimiento Laboral, para lo cual valoró que la resolución ACUMAR 4/2010 prevé que la relación de empleo con su personal se rige por la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo.

Contra esa decisión, la ACUMAR dedujo recurso extraordinario federal, que fue contestado por la actora y denegado (fs. 191/207, 210/212 y 214), lo que dio origen a la presente queja (fs. 31/35 del cuaderno respectivo).

-II-

La recurrente sostiene que la sentencia en crisis es equiparable a definitiva ya que le deniega el fuero federal. Entiende que tiene derecho a litigar en el fuero de excepción en razón de la persona, por ser la ACUMAR un ente descentralizado de la Nación y, por tanto, persona de derecho público.

A su vez, apunta que la actora, como miembro de una cooperativa y a través del "Programa Ingreso Social por Trabajo", realizaba tareas de limpieza de márgenes de río, y, por lo tanto, no existe relación de naturaleza laboral con la ACUMAR.

En ese marco, indica que este tipo de tareas se encuadra dentro del saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo concebido en la sentencia de la corte en la causa "Mendoza", cuya ejecución está a cargo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional nº 2 de Morón.

-III-

Es jurisprudencia de la Corte Suprema que las decisiones en materia de competencia no constituyen pronunciamientos definitivos en los términos del artículo 14 de la ley 48, excepto que concurran circunstancias que autoricen su equiparación. Ellas son, en lo que aquí nos ocupa, la denegatoria del fuero federal o una efectiva privación de justicia (CSJN en autos CIV 38071/2014/CS1, "Lackovic, Eduardo c/ Soruco Estrada, Carlos Eduardo y otro s/ daños y perjuicios (acc. tran. sin lesiones)", del 5 de abril de 2018, y dictamen de esta Procuración General, del 20 de septiembre de 2018, en autos CNT 51193/2016/1/RH1, "Robledo, Héctor Pedro c/ Estado Nacional Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y otros s/ accidente-ley especial").

En mi opinión, no se presentan esas excepciones en el caso. Por un lado, corresponde señalar que las resoluciones que deciden res-

pecto de la distribución de competencias entre tribunales nacionales con asiento en la Capital Federal no importan la resolución contraria al privilegio federal a que se refiere el artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 315:66, "Portofino"; 321:2659, "Instituto Massone"; 327:312, "Costa"; 330: 1447, "Barros", entre otros).

Al respecto, es necesario señalar que no desconoce este Ministerio Público que la Corte Suprema, en el precedente dictado en autos "Sapienza, Matías Ezequiel y otros c/ Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y otro s/ acción de amparo", publicado en Fallos 340:103, abandonó la doctrina señalada en el párrafo anterior y ratificó el criterio sentado en la sentencia registrada en Fallos: 338:1517, "Corrales" -luego reiterado en fallos: 339:1342, "N.N" y en autos CFP 9688/2015/1/CA-CS1, "José Mármol 8 (ocupantes de la finca) s/ incidente de incompetencia" el 12 de junio de 2018-, que establece que "no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales para dirimir cuestiones de competencia ya que no puede soslayarse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio" (Fallos: 340:103, considerando 4°).

No obstante ello, atento a la vista que se corre a este organismo en el marco del recurso de hecho interpuesto por la demanda, considero que hasta tanto se haga efectiva la transferencia de las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, corresponde mantener el citado criterio tradicional (ver, en igual sentido, dictámenes de este Ministerio Público en las causas COM 12593/2014/2/RH1, "Blue Steel S.A. c/ Correo Oficial de la República Argentina s/ ordinario", del 16 de marzo de 2017; CNT 85098/2016/1/RH1, "Rolón, Romina Elba c/ Autoridad Cuenca Matanza Riachuelo s/ despido", del 17 de abril de 2018; CNT 6008/2015/1/RH1, "Unión del Personal Civil de la Nación c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y culto s/ cobro de aportes o contribuciones", del 24 de abril de 2018; CNT 51193/2016/1/RH1, "Robledo, Héctor Pedro c/ Estado Nacional Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y otros s/ accidente - ley especial", del 20 de septiembre de 2018).

Por otra parte, la competencia que la Corte Suprema asignó al juzgado federal de primera instancia en el caso "Mendoza" (Fallos: 331:1622) está limitada a los supuestos establecidos en los considerandos 20 a 22 de esa sentencia, cuyo alcance fue aclarado posteriormente en Fallos: 332:2522, tal como se estableció en los dictámenes de esta Procuración General de fecha 24 de mayo de 2018 en las causas CSJ 318/2018, "Fiscalía de Estado - Provincia de Buenos Aires c/ Martino, Pascual Jesús s/ expropiación directa - otros juicios" y CSJ 319/2018, "Fiscalía de Estado -

Provincia de Buenos Aires c/ Bello, José Antonio s/ expropiación directa - otros juicios", fallados de conformidad por el Tribunal el 7 de febrero de 2019, a cuyos fundamentos cabe remitir en lo pertinente.

En esa línea, de la lectura de los mencionados considerandos de la causa "Mendoza" surge que no se encuentra incluida la competencia para entender en acciones, como la del *sub lite*, que persiguen el pago de indemnizaciones laborales (dictamen de esta Procuración General, del 17 de abril de 2018, en la causa CNT 85098/2016/1/RH1 "Rolón, Romina Elba c/ Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo y otro s/ despido").

Finalmente, es necesario señalar que la sentencia tampoco coloca a la recurrente, a los efectos de la intervención de la Corte Suprema en los términos del artículo 14 de la ley 48, en una situación de privación de justicia que afecte en forma directa e inmediata la defensa en juicio, ya que no clausuró la vía procesal promovida y, en consecuencia, la demandada quedó sometida a la justicia nacional del trabajo en la que puede ejercer su derecho de defensa (Fallos: 311:2701, "Cabral"; 325:3476; 329:5094, "Correo Argentino SA").

A su vez, la ausencia de sentencia definitiva no puede ser suplida por la invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas ni por la pretendida arbitrariedad de la decisión o alegada interpretación errónea del derecho que exige el caso (Fallos: 326:1344, "Mayo"; 823:4928, "Pardo"; 330;1447, "Barros"; entre otros).

Por lo expuesto, opino que corresponde rechazar la presente queja. Buenos Aires, 2 de julio de 2019. *Víctor Abramovich.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa Liendro, Ana Isabel c/ Fideicomiso Fondo de Compensación Ambiental Acumar s/ despido", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 188 de los autos principales a cuya foliatura se aludirá en lo

sucesivo), al confirmar la sentencia de primera instancia, desestimó la excepción de incompetencia opuesta por la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) la cual había argumentado que la presente causa –en razón de la persona demandada– debía tramitar ante el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 2 de Morón, a cargo del expediente "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios" o, en su defecto, ante la Justicia Federal en lo Contencioso Administrativo en virtud del carácter público del organismo (fs. 78 vta./83).

2°) Que, para decidir en el sentido indicado, el a quo sostuvo que el caso era de la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo por aplicación de los artículos 20 y 21 de la ley 18.345 de Procedimiento Laboral, para lo cual valoró que la resolución ACUMAR 4/2010 prevé que la relación de empleo con su personal se rige por la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo.

3°) Que contra esa decisión, la demandada dedujo el recurso extraordinario federal (fs. 191/207) cuya denegación motivó la presentación directa en examen.

La recurrente sostiene que la sentencia impugnada es equiparable a definitiva ya que deniega a su respecto el fuero federal. Entiende que tiene derecho a litigar en la jurisdicción de excepción en razón de la persona, por ser la ACUMAR un ente descentralizado de la Nación y, por tanto, persona de derecho público. A su vez, desconoce la relación laboral invocada y refiere que las tareas denunciadas por la trabajadora encuadran dentro del saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo concebido en la causa "Mendoza", cuya ejecución está a cargo del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 2 de Morón.

4°) Que los agravios expresados por la apelante suscitan cuestión federal bastante que habilitan su tratamiento por la vía elegida. Ello es así pues si bien los pronunciamientos en materia de competencia no autorizan, en principio, la apertura de la instancia del art. 14 de la ley 48 por no estar satisfecho el recaudo de sentencia definitiva, corresponde hacer excepción a dicha regla y admitir el recurso deducido cuando, como acontece en el sub lite, se denegó el fuero federal oportunamente reclamado por la recurrente (Fallos: 311:430 y 1232; 314:848; 316:3093; 323:2329, entre otros).

5°) Que es menester puntualizar que la doctrina que se origina en el voto de los jueces Lorenzetti y Maqueda en la causa "Corrales" (Fallos: 338:1517), y que fuera adoptada por una mayoría del Tribunal en los casos "Nisman" (Fallos: 339:1342) y "Sapienza" (Fallos: 340:103), implicó abandonar el tradicional criterio del Tribunal conforme al cual, a los efectos de determinar si mediaba denegatoria del fuero federal, debía considerarse que todos los magistrados que integran la judicatura de la Capital de la República revisten en mismo carácter nacional. De acuerdo con la nueva doctrina, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales para dirimir cuestiones de competencia ya que no puede soslayarse que el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio.

6º) Que resulta determinante para establecer la competencia judicial el carácter público del organismo demandado y, por tanto, con derecho a litigar en el fuero federal. En efecto, el art. 1° de la ley 26.168 dispuso la creación de la ACUMAR como "ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros". A su vez, las legislaturas bonaerense y porteña tienen representación en él junto con el Estado Nacional (art. 2) y, desde 2008, es la autoridad a la que el Tribunal intimó para implementar el saneamiento establecido en la causa "Mendoza".

Es apropiado señalar, además, que el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el decreto 1118/2018, estableció que la ACUMAR pasara a la órbita del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda y reglamentó el proceso de selección de sus representantes (arts. 1° y 2° del decreto 1118/2018).

7°) Que, en atención a las circunstancias expuestas, y toda vez que es facultad del Tribunal atribuir el conocimiento de la causa al juez competente, aun cuando no haya sido parte de la contienda (Fallos: 341:764), corresponde descalificar el fallo recurrido y ordenar la radicación de las actuaciones ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal en razón de la indudable naturaleza pública del ente demandado.

Por último, debe desestimarse la pretendida asignación de la causa al Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 2 de Morón

porque el Tribunal ha señalado repetidamente que su competencia está limitada a los supuestos establecidos en los considerandos 20 a 22 de la sentencia dictada en la causa "Mendoza", vinculados estrictamente con la ejecución de ese pronunciamiento y a las acciones cuyo objeto sea la revisión judicial de decisiones de la ACUMAR (Fallos: 339:1663; 332:2522; 331:1622 y causa Competencia CSJ 4497/2015/CS1 "N.N s/ usurpación (art. 181 inc.1)", sentencia del 3 de mayo de 2016, entre otros), los que no se presentan en este expediente.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se declara la competencia de la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal para conocer en la presente causa. Costas en el orden causado en atención a la índole de la cuestión planteada. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti.

Recurso de queja interpuesto por **ACUMAR, parte demandada**, representada por el **Dr. David Carlos Lenz Virreira.**

Tribunal de origen: **Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 13.**

PIEDRABUENA, ANÍBAL ARIEL c/ FEDERACIÓN PATRONAL SEGUROS S.A. s/ Accidente – ley especial

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que elevó el porcentaje de incapacidad al 67,28% de la total obrera destacando que, de la prueba pericial, se desprendía una minoración física del 52,28% y psíquica del 15%, pues el pronunciamiento impugnado prescinde de lo dispuesto en el decreto 49/2014, norma que sustituyó el Anexo I de la Tabla de Evaluaciones de Incapacidades Laborales contemplada en el decreto 659/96 cuyo punto 2.4 relativo a los Factores de Ponderación establece – según su actual

redacción- que en caso de que una incapacidad permanente sea parcial por aplicación de la tabla y que por la incorporación de los factores de ponderación se llegue a un porcentaje igual o superior al sesenta y seis por ciento (66%), el valor máximo de dicha incapacidad será de sesenta y cinco por ciento (65%).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Aun cuando lo atinente a la interpretación y aplicación de normas de derecho común relativas a la determinación de las variables que gravitan en la fijación de las incapacidades laborales y en el cálculo de las reparaciones configura materia ajena, en principio, a la vía excepcional del artículo 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para su consideración por la Corte cuando el a quo ha prescindido de dar un tratamiento adecuado a la controversia, de conformidad con las normas aplicables y las circunstancias comprobadas de la causa.

RIESGOS DEL TRABAJO

El texto del decreto reglamentario 49/2014 ha procurado impedir que se transforme en total una incapacidad parcial mediante la suma de los factores de ponderación cuya determinación permite cierto margen de discrecionalidad por parte de los peritos, pues de no ser así una minoración superior al 66% podría dar lugar a un reclamo de retiro por invalidez.

RIESGOS DEL TRABAJO

Es arbitraria la sentencia que elevó el porcentaje de incapacidad al 67,28% de la total obrera destacando que, de la prueba pericial, se desprendía una minoración física del 52,28% y psíquica del 15%, pues al proceder de ese modo el tribunal soslayó el límite del 65% establecido en el decreto 659/96 –según la redacción dada por el decreto 49/2014- para las incapacidades de carácter permanente y parcial cuya superación se debió claramente a la incidencia de los factores de ponderación y no a la cuantificación de la minusvalía en sí.

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo modificó la sentencia de primera instancia que había admitido el reclamo por accidente de trabajo de las prestaciones de la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo (LRT) y, en consecuencia, elevó el monto de condena (fs. 274/277 del expediente principal, al que me referiré salvo aclaración en contrario).

Por un lado, elevó el porcentaje de incapacidad al 67,28% de la total obrera. En ese sentido, remarcó que de la prueba pericial se desprende una incapacidad física de 52,28% y una incapacidad psíquica del 15%. Señaló que la fórmula Balthazar, que calcula el porcentaje de incapacidad sobre la capacidad restante, solo se aplica en casos en que un segundo accidente, separado en el tiempo del primero, provoca una nueva incapacidad en el mismo órgano, aparato o sistema que el accidente anterior. Sobre esa base, concluyó que el porcentaje de incapacidad psicológica, por presentarse en una esfera distinta, no debía calcularse sobre la capacidad restante del trabajador sino que debía ser sumada, en su totalidad, al porcentaje de incapacidad física.

Por otro lado, consideró aplicables las mejoras introducidas por la ley 26.773 -Régimen de Ordenamiento de la Reparación de los Daños Derivados de los Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales- pues la norma estaba vigente al producirse el accidente de autos. Por ello, actualizó las prestaciones previstas en el artículo 11, apartado 4, inciso *b*, y en el artículo 14, punto 2 *a*, de la LRT a través del índice de Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE) correspondiente al mes de febrero de 2016 -vigente a la fecha del dictado de la sentencia-.

Por último, confirmó la aplicación de la tasa de interés prevista en el Acta 2630/16 CNAT -tasa nominal anual para préstamos libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses- desde la fecha en que se produjo el evento dañoso.

-II-

Contra esa decisión la demandada Federación Patronal Seguros SA interpuso recurso extraordinario federal (fs. 278/296), que fue con-

testado (fs. 298/310) y denegado (fs. 312/313), lo que motivó la presente queja (fs.36/40 del cuaderno respectivo).

Se agravia sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad pues afirma que la sentencia no constituye una aplicación razonada del derecho vigente a las circunstancias comprobadas de la causa.

En primer lugar, afirma que la cámara, al rechazar la aplicación de la fórmula Balthazar, vulnera lo dispuesto por el decreto 659/96. Señala que ese decreto establece que al evaluar las distintas incapacidades derivadas de un único accidente se empleará también el criterio de capacidad restante. Agrega que el a quo también se apartó de lo dispuesto por el decreto 49/2014, que establece que cuando una incapacidad sea parcial, es decir inferior al 66% de la total obrera, y se incorporen a ella los factores de ponderación, el valor máximo de esa incapacidad será de 65%.

En segundo lugar, argumenta que la cámara aplicó las mejoras de la ley 26.773 en forma oficiosa y *extra petita*. Resalta que la norma estaba vigente al interponerse la demanda y el actor no solicitó su aplicación. Sobre esa base, afirma que la cuestión no fue sometida a debate, imposibilitando la defensa de la demandada sobre el punto.

Subsidiariamente, plantea que el *a quo* aplicó erróneamente la actualización por índice RIPTE prevista en la ley 26.773 pues solo se aplica a las prestaciones establecidas en el artículo 11 de la ley 24.557 y a los pisos mínimos previstos en el decreto 1694/09, pero no a la prestación del artículo 14, punto 2, inciso *a*, por la que fue condenada la recurrente. Además, señala que la Corte se pronunció en sentido favorable a su pretensión en el precedente "Espósito" (Fallos: 339:781). Concluye que la actualización dispuesta por la cámara afecta su derecho de propiedad y altera la ecuación económica-financiera establecida en el contrato de seguro.

Por último, aduce que la aplicación del índice RIPTE en conjunto con la imposición de la tasa de interés prevista en el Acta 2630/16 CNAT implica una doble actualización del crédito. A su vez, afirma que la aplicación de esa tasa es irrazonable pues rige para créditos con un plazo de 49 a 60 meses, y los litigios laborales duran, en promedio, 36 meses. Sobre esa base, plantea que el acta en cuestión provoca un enriquecimiento indebido a favor del acreedor y, en consecuencia, es inconstitucional.

-III-

Por un lado, considero que los planteos referidos a la aplicación de las mejoras introducidas por la ley 26.773, la tasa de interés aplicada, la

determinación de la incapacidad y el baremo utilizado a tales efectos fueron bien denegados pues remiten a cuestiones fácticas y de derecho común y procesal, materia propia de los jueces de la causa y ajena a la instancia del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 3071246, "Larroza"; 310:860, "Rufino Gramajo"; CNT 18487/2013/1/RH1, "R. P. L., en repr. de sus hijos J. B. y G. G. R. c/ Asociart S.A. ART s/ indemn. por fallecimiento", sentencia del 21 de marzo de 2017, entre otros); máxime cuando la sentencia se funda en argumentos no federales que, más allá de su grado de acierto, resultan suficientes para sustentarla e impiden su descalificación como acto judicial (dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte en Fallos: 330:4721, "Dadón"; 334:13, "Banco Hipotecario SA", entre otros).

Cabe recordar que la doctrina de la arbitrariedad es de carácter excepcional y no tiene por objeto corregir fallos meramente equivocados, sino aquellos en los que las deficiencias lógicas del razonamiento o la total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el decisorio como sentencia fundada en ley, a la que aluden los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:2351, "Núñez"; 310:2277, "Vidal"; 311:786, "Brizuela"; 312:246, "Collinao"; 326:297, "Sanes", entre otros).

Con respecto al planteo de que la sentencia omitió aplicar la fórmula de la capacidad restante según el decreto 659/96, corresponde señalar que el perito médico, al contestar la impugnación de la demandada, determinó que el actor tiene una incapacidad física del 52,28 % (fs. 206/208), y la perito psicóloga estableció una incapacidad del 15% (fs. 126/137). Ello no fue cuestionado por las partes. A su turno, la cámara estimó que no correspondía aplicar el criterio de capacidad restante pues no se trataba de una nueva incapacidad producto de un accidente diferente, sino de ponderar la incapacidad laboral que provocaron los daños físicos y síquicos originados en un mismo evento.

Esa interpretación de los elementos probatorios del caso y de las normas de derecho común aplicables, más allá de su grado de acierto o error, no resulta irrazonable, sin que la mera discrepancia del recurrente pueda configurar un supuesto de arbitrariedad.

Tampoco pueden prosperar los agravios basados en que la sentencia no respetó el tope de incapacidad del decreto 49/2014, pues el recurrente omite considerar que ese tope no se excede por la aplicación de los factores de ponderación, sino por la adición del grado de incapacidad laboral derivada del daño síquico. En efecto, los factores de ponderación están incluidos dentro de la incapacidad física y alcanzan, en conjunto, el 52,28% (fs. 207vta/208).

Igualmente improcedentes resultan los agravios que cuestionan la aplicación de las mejoras introducidas por la ley 26.773 con base en que ello no fue planteado en la demanda y, en consecuencia, afectaría el principio de congruencia y la garantía de defensa en juicio.

En primer término, cabe aclarar que el actor planteó esta cuestión en el recurso de apelación contra la sentencia de grado (fs. 244/255, "Segundo Agravio"). En efecto, allí se agravió porque la sentencia de primera instancia no aplicó las mejoras introducidas por la ley 26.773. En consecuencia, la cámara no se pronunció de oficio.

En segundo término, corresponde remarcar que arriba firme a esta instancia que el hecho generador de responsabilidad -accidente de trabajo- ocurrió el día 2 de enero de 2013 y la ley 26.773 fue publicada en el Boletín Oficial el día 26 de octubre de 2012. En consecuencia, la norma en cuestión resulta temporalmente aplicable al presente caso.

A su vez, la Corte Suprema señaló, en Fallos: 337:1142, "Monteagudo Barro", que "el principio de congruencia impone a los jueces y tribunales decidir de conformidad con los hechos y pretensiones deducidas. Tal limitación, 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* o jurisdicción) de conformidad con la atribución iura *curia novit.* Cabe recordar que, conforme lo ha puntualizado ese 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 (Fallos: 329:4372; 333:828, entre otros)".

Por ello, la sentencia, en este punto, luce fundada sin que la mera discrepancia del recurrente pueda configurar un supuesto de arbitrariedad.

Tampoco corresponde dar tratamiento a los agravios que cuestionan la tasa de interés aplicada pues ello queda ubicado en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que deben interpretar dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales (Fallos: 317:507, "Banco Sudameris", 1090, "Simonet", 1271, "Chaine"), y el recurrente no da un adecuado fundamento que demuestre esa posible lesión.

-IV-

Por otro lado, atento a la solución que propicio en el acápite anterior referida a la aplicación al caso de la ley 26.773, corresponde emitir pronunciamiento sobre el planteo subsidiario que cuestiona la actualización mediante el índice RIPTE de la prestación prevista en el artículo 14, punto 2 *a*, de la ley 24.557. Estimo que esos agravios resultan procedentes y encuentran adecuada respuesta en el punto III del dictamen de esta Procuración General del día 31 de agosto de 2017, *in re* CNT 64722/2013/1/RH1, "Páez Alfonso, Matilde y otro c/ Asociart ART SA y otro s/ indemn. por fallecimiento", por lo que corresponde remitir, en lo pertinente, a los fundamentos allí expuestos.

En consecuencia, corresponde revocar en este punto la sentencia apelada.

-V-

Por lo expuesto, opino que corresponde admitir la queja, declarar parcialmente procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto en el punto IV del presente. Buenos Aires, 11 de junio de 2018. *Víctor Abramovich.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Piedrabuena, Aníbal Ariel c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/ accidente – ley especial" para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo modificó la sentencia de la anterior instancia que había hecho lugar a la demanda de reparación de un accidente laboral ocurrido el 2 de enero de 2013 en el cual se produjo la amputación del dedo pulgar de la mano derecha del trabajador a raíz de lo cual fue intervenido

quirúrgicamente. En cuanto interesa, el tribunal de alzada elevó el porcentaje de incapacidad al 67,28% de la total obrera destacando que, de la prueba pericial, se desprendía una minoración física del 52,28% y psíquica del 15%. Por otro lado, consideró aplicables las mejoras introducidas por la ley 26.773 pues esta norma ya regía al momento del accidente. En función de ello, actualizó las prestaciones previstas en el artículo 11, apartado 4, inciso b y en el artículo 14 punto 2a de la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT) a través del índice de Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE) correspondiente al mes de febrero de 2016, momento del dictado de la sentencia.

2°) Que, contra esa decisión, la Aseguradora de Riesgos del Trabajo interpuso el recurso extraordinario federal (fs. 279/296 de los autos principales a los que se aludirá en lo sucesivo) que, denegado, dio lugar a la presentación de la queja en estudio (fs. 36/40 del cuaderno respectivo).

La apelante, con base en la doctrina de la arbitrariedad, afirma que la cámara, al no aplicar la fórmula denominada de "Balthazard" (o de la incapacidad restante), ha transgredido lo dispuesto en el decreto 659/96 que exige su utilización cuando se mensuran las distintas minusvalías derivadas de un mismo hecho. Agrega que el a quo también se apartó de lo dispuesto en el decreto 49/2014 —modificatorio del antes mencionado— que establece que cuando una incapacidad sea parcial, esto es inferior al 66% de la total obrera y se incorporen a ella los factores de ponderación, el porcentaje máximo será de 65%.

Sostiene que la cámara aplicó las mejoras de la ley 26.773 de forma oficiosa y *extra petita* dado que, aunque la norma se encontraba vigente al ser deducida la demanda, el actor no había requerido su aplicación. Subsidiariamente, se queja de que la actualización prevista en la mencionada ley fue erróneamente empleada pues solo se debe calcular sobre las prestaciones establecidas en el artículo 11 de la LRT y a los pisos mínimos previstos en el decreto 1694/09 pero no a la prestación del artículo 14 punto 2, inciso a. Por último, cuestiona los intereses dispuestos afirmando que su imposición implica una doble actualización del crédito.

3°) Que, aun cuando lo atinente a la interpretación y aplicación de normas de derecho común relativas a la determinación de las variables que gravitan en la fijación de las incapacidades laborales y en el

cálculo de las reparaciones configura materia ajena, en principio, a la vía excepcional del artículo 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para su consideración por este Tribunal cuando el a quo ha prescindido de dar un tratamiento adecuado a la controversia, de conformidad con las normas aplicables y las circunstancias comprobadas de la causa (conf. Fallos: 324:3618; 325:329; 327:5082; 333:203, entre otros).

4°) Que, en ese sentido, son atendibles los cuestionamientos de la apelante vinculados con la aplicación de la ley 26.773 a los efectos de calcular el valor de la prestación del artículo 14 punto 2, inciso a, de la LRT pues en este aspecto lo decidido se apoya en una interpretación que no se ajusta a los criterios establecidos en el precedente dictado por esta Corte en "Espósito" (Fallos: 339:781), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en lo pertinente en razón de brevedad.

5°) Que, por otra parte, el pronunciamiento impugnado prescinde de lo dispuesto en el decreto 49/2014. Esta norma sustituyó el Anexo I de la Tabla de Evaluaciones de Incapacidades Laborales contemplada en el decreto 659/96 cuyo punto 2.4 relativo a los Factores de Ponderación establece –según su actual redacción- que "en caso de que una incapacidad permanente sea parcial por aplicación de la tabla…y que por la incorporación de los factores de ponderación se llegue a un porcentaje igual o superior al sesenta y seis por ciento (66%), el valor máximo de dicha incapacidad será de sesenta y cinco por ciento (65%)".

Conviene recordar que el art. 8 de la LRT establece una distinción entre incapacidad parcial, cuando es inferior al 66% y total, cuando supera ese porcentaje. El texto del decreto reglamentario ha procurado impedir que se transforme en total una incapacidad parcial mediante la suma de los factores de ponderación cuya determinación permite cierto margen de discrecionalidad por parte de los peritos. De no ser así una minoración superior al 66% podría dar lugar a un reclamo de retiro por invalidez (ver el art. 15 de la LRT). En el caso concreto, por ejemplo, el trabajador sufrió la amputación de un dedo de su mano hábil que habría sido restituida. La magnitud del daño no sería tal que justifique su retiro del mundo activo. Al reconocérsele un 67,28% de incapacidad, el afectado estaría en condiciones de iniciar los trámites jubilatorios. Al limitar la minoración a un 65% esto ya no sería factible.

De las constancias del expediente se desprende que la perito médica interviniente fijó la incapacidad física del actor en el 52,28% de la total obrera sobre la base de un 40,13% de minusvalía y de un 12,15% atribuible a los factores de ponderación (ver fs. 206/208). A ese porcentaje el a quo sumó un 15%, correspondiente a la incapacidad psíquica constatada por la perito psicóloga con lo cual llegó a un grado de minusvalía total del 67,28%. Al proceder de ese modo el tribunal soslayó el límite del 65% establecido en el decreto 659/96 –según la redacción dada por el decreto 49/2014- para las incapacidades de carácter permanente y parcial cuya superación se debió claramente a la incidencia de los factores de ponderación y no a la cuantificación de la minusvalía en sí.

En esas condiciones este tramo de la decisión debe ser descalificado por prescindir de la normativa aplicable en forma dogmática y sin fundamento suficiente.

6°) Que, respecto de los demás agravios, el recurso extraordinario es inadmisible (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En consecuencia, corresponde descalificar el fallo recurrido, con el alcance indicado.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas en el orden causado. Reintégrese el depósito obrante a fs. 42. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz (según su voto)– Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que el infrascripto adhiere al voto de la mayoría con exclusión del segundo párrafo del considerando 5º.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas en el orden causado. Reintégrese el depósito obrante a fs. 42. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso de queja interpuesto por **Federación Patronal Seguros S.A., demandada en autos**, representada por el **Dr. Emilio Julio Cárrega**.

Tribunal de origen: **Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n°73.**

VALOTTA, MARÍA CONCEPCIÓN c/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. s/ ACCIDENTE – LEY ESPECIAL

ACCIDENTES DEL TRABAJO

Es arbitraria la sentencia que, con fundamentos en el derecho civil, condenó a la ART a la reparación integral de los daños que dijo padecer la actora como consecuencia de las labores de enfermería, pues las constancias de la causa no autorizan a concluir que la actora demostró los incumplimientos que le endilgó a la demandada y que constituirían el sustento de su responsabilidad civil, sino por el contrario, la prueba reunida conduce a tener por satisfechas las obligaciones de control impuestos por la ley.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien la apreciación de elementos de hecho y prueba constituye, como principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, esta regla no es óbice para que la Corte conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella cuando, la decisión impugnada no se ajusta al principio que exige que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

ACCIDENTES DEL TRABAJO

Es arbitraria la sentencia que, con fundamentos en el derecho civil, condenó a la ART a la reparación integral de los daños que dijo padecer la actora como consecuencia de las labores de enfermería, toda vez que carece de sustento probatorio la conclusión del a quo acerca que la demandada incumplió con las obligaciones que le competían en materia de prevención y seguridad laboral que autorizase a imputarle responsabilidad en los términos del art. 1074 del Código Civil.

ACCIDENTES DEL TRABAJO

Es arbitraria la sentencia que, con fundamentos en el derecho civil, condenó a la ART a la reparación integral de los daños que dijo padecer la actora como consecuencia de las labores de enfermería, pues al admitir la vinculación entre las pretendidas omisiones de la ART y producción o agravamiento de las patologías que padece la actora, el a quo no explica qué medidas concretas debía haber adoptado la aseguradora a efectos de evitar los trastornos de salud que padece la actora, uno de los cuales, además y según el informe del perito médico, es una patología de carácter autoinmune.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Corresponde desestimar el recurso interpuesto contra la sentencia que condenó a la ART a la reparación integral de los daños que dijo padecer la actora como consecuencia de las labores de enfermería, pues los agravios del apelante no rebaten todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia apelada, y no se hacen cargo de que la alzada justificó

el nexo de causalidad en la ausencia de toda prueba que demostrara haber controlado la sobrecarga de tareas de la actora y sus planteos se enderezan lisa y llanamente a postular que no pesa sobre ella obligación legal alguna en materia de prevención, apartándose dogmáticamente de la doctrina de la Corte en el precedente "Torrillo" (Disidencia del juez Rosatti).

RIESGOS DEL TRABAJO

Corresponde desestimar el recurso interpuesto contra la sentencia que condenó a la ART a la reparación integral de los daños que dijo padecer la actora como consecuencia de las labores de enfermería, pues la genérica mención que la recurrente realiza, al reseñar los antecedentes del caso, de la prueba pericial técnica omite detallar su contenido y justificar que las medidas de seguridad referidas por el perito como adoptadas por ella, fueran eficaces para prevenir el "Síndrome de Burn Out" padecido por la trabajadora (Disidencia del juez Rosatti).

RIESGOS DEL TRABAJO

Corresponde desestimar el recurso interpuesto contra la sentencia que condenó a la ART a la reparación integral de los daños que dijo padecer la actora como consecuencia de las labores de enfermería, pues la recurrente evitó mencionar que en el informe técnico el experto había señalado que no puede afirmarse un total cumplimiento de higiene y seguridad en el trabajo de su parte y silencia que en el peritaje quedó asentado que ella no presentó documentación respaldatoria de su denuncia ante la Superintendencia de Riesgos de Trabajo relacionada con la falta de autorización del empleador para que el personal concurriera a la realización de los exámenes periódicos (Disidencia del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Los agravios relacionados con el monto fijado por el a quo en la sentencia deben ser desestimados pues se limitan a señalar su exorbitancia y no se hacen cargo ni rebaten, siquiera mínimamente, las razones dadas en el pronunciamiento para llegar a ese importe, en el sentido de que abarca el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, entre otros (Disidencia del juez Rosatti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Valotta, María Concepción c/ Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. s/ accidente – ley especial", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en lo que interesa, revocó el pronunciamiento de la instancia anterior e hizo lugar a la demanda que, con fundamento en el derecho civil, dedujo la actora contra Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. (en lo sucesivo, ART) a fin de obtener la reparación integral de los daños que dijo padecer como consecuencia de las labores de enfermería que llevaba a cabo en el Hospital de Pediatría SAMIC Profesor Dr. Juan P. Garrahan (v. fs. 252/260 de los autos principales, foliatura a la que se aludirá en lo sucesivo).

Para decidir de ese modo el a quo entendió que no cabían dudas de que los trastornos de ansiedad, carditis, hipertensión arterial, tiroiditis (enfermedad de Hashimoto), esofagitis, reflujo y síndrome de cabeza quemada –que la actora sufre y le provocan una incapacidad del 50,73% de la T.O.– se vinculaban con las tareas que cumplía la trabajadora.

Asimismo, estimó que la demandada no había demostrado haber realizado recomendaciones, ni controlado el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene con relación a las tareas de la demandante y su eventual sobrecarga, ni haber llevado un seguimiento de su salud durante los 23 años de su vinculación laboral, extremo que la hacía responsable en los términos del art. 1074 del entonces vigente Código Civil. En consecuencia, condenó a la compañía aseguradora a abonar a la demandante la suma de $ 960.000 ($ 800.000 por daño material y $ 160.000 por daño moral), con más sus intereses.

2°) Que contra dicha decisión la ART dedujo el recurso extraordinario (v. fs. 261/280), cuya denegación originó la presente queja.

Sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad la apelante cuestiona que se le haya atribuido responsabilidad civil respecto de los padecimientos de la actora en virtud de incumplimientos u omisiones a los deberes de prevención y vigilancia que le impone la ley 24.557. Sostiene que no se encuentran demostrados dichos incumplimientos sino que, por el contrario, de la prueba rendida de autos surge su cabal acatamiento. Alega también que el fallo impugnado ha omitido determinar el nexo de causalidad jurídicamente relevante entre las omisiones que le imputan y los daños de que se alegan en la demanda. Por último, se queja del monto indemnizatorio por considerarlo elevado, haber sido dispuesto sin fundamento y por constituir un enriquecimiento sin causa para la actora.

3°) Que si bien la apreciación de elementos de hecho y prueba constituye, como principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, esta regla no es óbice para que el Tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella cuando, como ocurre en el presente, la decisión impugnada no se ajusta al principio que exige que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 321:2131, entre muchos otros).

4°) Que, como alega la recurrente, las constancias de la causa no autorizan a concluir que la actora demostró los incumplimientos que le endilgó a la demandada y que constituirían el sustento de su responsabilidad civil. Por el contrario, la prueba reunida conduce a tener por satisfechas las obligaciones de control impuestos por la ley. En ese sentido, el dictamen del perito ingeniero laboral dio cuenta de las innumerables visitas e inspecciones realizadas por la ART a la entidad en la que se desempeñaba la actora (v. fs. 170/172). El experto informó, al respecto, que desde 2006 a 2013 la aseguradora envió anualmente ingenieros, analistas de riesgos y preventores al centro de salud a fin de evaluar si el establecimiento cumplía las recomendaciones sobre condiciones de higiene y seguridad. Ello fue así, más de una vez al mes en los años 2006 y 2007, y en numerosas oportunidades el resto de los años analizados, siendo más de 90 visitas en total. El perito también informó que el hospital contaba con un comité permanente de higiene y seguridad integrado, entre distintos empleados de aquel, por representantes gremiales y de la asociación de enfermería.

5°) Que, además, el peritaje dio cuenta de las copiosas denuncias elevadas a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo por parte de la demandada en cuanto a los más diversos ítems que hacen a la seguridad laboral (iluminación, señalización, equipos y elementos de protección personal, instalaciones edilicias, aparatos, ruidos, contaminaciones, vibraciones, etc.), las que superaron la centena. Destacó el idóneo que, entre las comunicaciones a la citada superintendencia, obraba una denuncia contra la empleadora por no haber autorizado la concurrencia del personal para la realización de exámenes periódicos o que aquél no se había presentado en su totalidad.

Más aun, del citado dictamen técnico -que, conveniente es remarcar, ni siquiera fue examinado en el fallo impugnado- surge que, lejos de no haber evaluado la situación de la reclamante, la ART había registrado sus funciones de enfermería y, en función de ello, la consideró expuesta a ciertos agentes de riesgo (sustancias sensibilizantes de la piel, virus de hepatitis A, B y C, como así también del correspondiente al HIV, entre otros).

En atención a dichas específicas circunstancias, carece de sustento probatorio la conclusión del a quo acerca que la demandada incumplió con las obligaciones que le competían en materia de prevención y seguridad laboral que autorizase a imputarle responsabilidad en los términos del citado art. 1074 del Código Civil.

6°) Que, por lo demás, también resulta infundado el fallo en cuanto admite la vinculación entre las pretendidas omisiones de la ART y producción o agravamiento de las patologías que padece la actora. Ciertamente, el a quo no explica qué medidas concretas debía haber adoptado la ART a efectos de evitar los trastornos de salud que padece la actora, uno de los cuales, además y según el informe del perito médico, es una patología de carácter autoinmune (la tiroiditis de Hashimoto; v. fs. 97/111).

En tales condiciones corresponde admitir la apelación con arreglo a la conocida doctrina de esta Corte respecto de la arbitrariedad de sentencias, circunstancia que torna innecesario el tratamiento del resto de los agravios de la apelante.

Por ello, 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 atención a la índole de la materia debatida. Reintégrese el depósito efectuado, agréguese la queja al expediente principal y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti (en disidencia).

Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Horacio Rosatti

Considerando:

1°) Que la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al revocar el fallo de la instancia anterior, condenó a la demandada a pagar a la actora la suma de $960.000, comprensiva del daño material y moral, con más sus intereses, en concepto de indemnización por los daños producidos en su salud con motivo de su trabajo como enfermera de terapia intensiva de pacientes infantiles.

2°) Que a tal efecto, tuvo por válido el peritaje médico que había dictaminado que la demandante padecía Síndrome de Burn Out, manifestado a traves de enfermedades tales como hipertensión arterial, tiroiditis de Hashimoto, carditis, esofagitis con reflujo y componente depresivo (fs. 253 de los autos principales).

3°) Que para asignarle responsabilidad a la ART con sustento en el entonces vigente art. 1074 del Código Civil, el *a quo* consideró, en primer lugar, que la compañía aseguradora había reconocido tácitamente la modalidad y las condiciones en las que se habían prestado los servicios y que, en concordancia con lo dictaminado por el perito, las secuelas incapacitantes padecidas por la trabajadora tenían una relación directa e inmediata con las tareas desarrolladas y el modo en que fueron cumplidas. A renglón seguido, hizo mérito de la doctrina sentada por esta Corte en el precedente "Torrillo" (Fallos:332:709) y destacó que las ART desempeñan un papel fundamental en materia de seguridad, pues están obligadas a realizar actividades permanentes de prevención y vigilancia.

Sobre esa base, juzgó que -en el caso- la demandada no había demostrado haber realizado recomendaciones, controlado el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en relación a la sobrecarga horaria y a la sobrecarga de tareas que le fueran asignadas a la actora, como tampoco haber llevado a cabo un seguimiento del estado de salud de la actora durante los 23 años de relación laboral, todo lo cual llevaba a condenarla a reparar los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones legales.

4°) Que contra ese pronunciamiento, la demandada dedujo el remedio federal cuya denegación dio origen a la presente queja, en el que plantea –sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad- que la cámara no ha justificado el nexo de causalidad jurídicamente relevante entre las omisiones que se le imputan y los daños que se alegan en la demanda, y que no se ha tenido en cuenta la prueba testifical rendida en autos, que daba cuenta del cumplimiento de todos los deberes de prevención en materia de seguridad. Asimismo, objeta por excesivo el monto fijado por la sentencia.

5°) Que los agravios del apelante no rebaten todos y cada uno de los fundamentos de la sentencia apelada. En efecto, la recurrente no se hace cargo de que la alzada justificó el nexo de causalidad en la ausencia de toda prueba que demostrara haber controlado la sobrecarga de tareas de la actora. Los planteos se enderezan lisa y llanamente a postular que no pesa sobre la aseguradora obligación legal alguna en materia de prevención, apartándose dogmáticamente de la doctrina de esta Corte en el precedente "Torrillo" citado por el *a quo*. Sobre esta base, afirma que es inaplicable el art. 1074 del Codigo Civil (fs. 271 y siguientes de los autos principales).

Por otro lado, la presentación recursiva no guarda relación con lo probado en el pleito. Ello así porque **el apelante alega la preterición de pruebas testificales que no han sido producidas en la causa**; **objeta una supuesta condena solidaria que no tuvo lugar en autos porque sólo se demandó a la ART**; equivoca el nombre de la demandante al expresar agravios, y **omite toda referencia a las dolencias que padece la actora**, fruto de su trabajo durante 23 años en la terapia intensiva de un hospital infantil.

6°) Que tampoco resulta hábil para revertir lo resuelto la genérica mención que la recurrente realiza, al reseñar los antecedentes del

caso, de la prueba pericial técnica (fs. 170/174). Ello pues omite detallar su contenido y justificar que las medidas de seguridad referidas por el perito como adoptadas por la demandada, fueran eficaces para prevenir el "Síndrome de Burn Out" padecido por la trabajadora. Esta actividad recursiva no puede ser suplida de oficio por el Tribunal, dado que la jurisdicción de esta Corte se encuentra limitada por los términos del escrito del recurso extraordinario (Fallos: 296:291; 302:283 y causa CNT "Fernández, Sergio Hernán c/ Unilever de Argentina S.A. s/ despido", Fallos: 342:867, disidencia del juez Rosatti).

Por lo demás, al haber soslayado toda referencia sobre el contenido de esa prueba pericial, **el recurrente evitó mencionar que en dicho informe técnico el experto había señalado que "no puede afirmarse un total cumplimiento de higiene y seguridad en el trabajo"** por parte de la ART, pues la empleadora continuaba categorizada en el Nivel 2 de cumplimiento pese a haberse excedido largamente el plazo de 24 meses establecido en el decreto 170/96, desde el primer Plan de Mejoramiento. Del mismo modo, **silencia que en el peritaje quedó asentado que la ART no presentó documentación respaldatoria de su denuncia ante la Superintendencia de Riesgos de Trabajo relacionada con la falta de autorización del empleador para que el personal concurriera a la realización de los exámenes periódicos** (fs. 172). Finalmente, tampoco se hace cargo de que los únicos agentes de riesgo a los que se verificó expuesta la actora por parte de la ART fueron "sulfuro de tetrametil", "tiouram", "sustancias sensibilizantes de la piel", "Virus de la Hepatits A, B y C" y "Virus de la Inmunodeficiencia Humana (HIV)", sin que se hubiera detectado la sobrecarga de horarios y tareas en la terapia intensiva del Hospital de Pediatría SAMIC "Profesor Dr. Juan P. Garrahan" que quedó probada en la causa y produjo el deterioro en su salud, cuyo control oportuno hubiera evitado el daño que se ordenó resarcir.

7°) Que, por último, los agravios relacionados con el monto fijado por el *a quo*, se limitan a señalar su exorbitancia, mas no se hacen cargo ni rebaten, siquiera mínimamente, las razones dadas en el pronunciamiento para llegar a ese importe, en el sentido de que abarca el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, entre otros.

Por ello, se desestima la presentación directa. Dése por perdido el depósito. Notifíquese y previa devolución de los autos principales, archívese.

HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por **Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.**, representada por la **Dra. Mirna Isabel Kaploean.**

Tribunal de origen**: Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n°30.**

SINDICATO DE POLICÍAS Y PENITENCIARIOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES C/ MINISTERIO DE TRABAJO S/ LEY DE ASOCIACIONES SINDICALES

POLICIA PROVINCIAL

La ley 13.982 de la Provincia de Buenos Aires -reglamentada por el decreto 1050/2009- veda a los agentes policiales participar en actividades de tipo gremial y en sentido similar, el decreto-ley 9578/1980 dispone que los agentes del servicio penitenciario bonaerense tienen prohibido formular peticiones, quejas o reclamos en forma colectiva (art. 47) circunstancia esta última que, de configurarse, puede dar lugar a una sanción (arts. 92 y 94).

POLICIA PROVINCIAL

Es constitucionalmente admisible la restricción o la prohibición de la sindicalización de los miembros de las fuerzas de policía provinciales si ella es dispuesta por una ley local.

-Del precedente "Sindicato Policial Buenos Aires" (Fallos: 340:437) al que la Corte remite-

POLICIA PROVINCIAL

De acuerdo al derecho vigente aún después de adoptados los tratados internacionales de derechos humanos, el derecho a sindicalizarse de los miembros de la policía está sujeto a las restricciones o a la prohibición que surjan de la normativa interna.

-Del precedente "Sindicato Policial Buenos Aires" (Fallos: 340:437) al que la Corte remite-

POLICIA PROVINCIAL

La manera en que el artículo 14 bis fue introducido en la Constitución Nacional por la reforma de 1957 y el proceder uniforme e inequívoco del Estado durante más de sesenta años y hasta el día de hoy (todo ello congruente con la regulación a nivel internacional en los Convenios de la OIT y la opinión de los organismos especializados), son consideraciones que, en conjunto, muestran que los miembros de la policía no tienen un derecho constitucional a constituir un sindicato.

-Del precedente "Sindicato Policial Buenos Aires" (Fallos: 340:437) al que la Corte remite-

POLICIA PROVINCIAL

El derecho a sindicalizarse de los miembros de la policía está sujeto a las restricciones o a la prohibición que surjan de la normativa interna y en el caso de las policías provinciales, tratándose de relaciones de empleo público local, son las provincias las que pueden establecer las restricciones o la prohibición.

-Del precedente "Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social" (Fallos: 343:1841) al que la Corte remite-

POLICIA PROVINCIAL

Si bien el artículo 14 bis de la Constitución Nacional no consagra en favor del personal policial el derecho a constituir un sindicato, diversas normas de jerarquía constitucional sí consagran dicho derecho (artículo 8° del PIDESC; artículo 22 del PIDCP; artículo 16 de la CADH; artículo 8° del Protocolo de San Salvador); todas estas normas, no obstante y en consonancia con los demás tratados internacionales con jerarquía constitucional, condicionan el derecho a la sindicalización a que los estados signatarios de los tratados en cuestión no hayan adoptado medidas restrictivas al respecto (artículo 8°, inciso 2, PIDESC; 22, inciso 2, PIDCP; 8°, inciso 2, del Protocolo de San Salvador) o no hayan prohibido la sindicalización (artículo 16, incisos 2 y 3, CADH).

-Del precedente "Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social" (Fallos: 343:1841) al que la Corte remite-

POLICIA PROVINCIAL

Si bien la doctrina del precedente "Sindicato Policial" (Fallos: 340:437) fue elaborada teniendo en miras al personal policial, no al personal penitenciario, en ambos supuestos, sin embargo, se trata de miembros de fuerzas de seguridad estatales cuya organización, actividades y estatutos legales exhiben una clara similitud.

-Del precedente "Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social" (Fallos: 343:1841) al que la Corte remite-

POLICIA PROVINCIAL

El régimen jerárquico y disciplinario especial de la policía bonaerense comporta una restricción legal explícita al ejercicio de ciertos derechos derivados de la libertad sindical, ya que es manifiestamente incompatible con la participación del personal en medidas de acción directa pero la mera existencia de tal régimen en modo alguno puede considerarse como una restricción absoluta de la libertad de asociación con fines gremiales, restricción que, con tal alcance, solo podría surgir de una disposición clara y específica de la ley (Disidencia del juez Maqueda que remite a su disidencia en el precedente "Sindicato Policial Buenos Aires" (Fallos: 340:437)).

POLICIA PROVINCIAL

El hecho de que la organización de las fuerzas de seguridad sea jerárquica y vertical no resulta un factor inhibitorio de la sindicación ni contradictorio con la deliberación democrática y participativa que debe preceder las decisiones y guiar la acción gremial, en primer lugar, porque la jerarquía es propia de toda organización burocrática, sea esta militar, de seguridad o de otro tipo, y, en segundo lugar, porque la deliberación democrática interna en materia gremial no impide que el resultado de esa deliberación se vea plasmado en reivindicaciones unificadas, tal como es práctica en la realidad del mundo del trabajo (Disidencia del juez Rosatti que remite a su disidencia en el precedente "Sindicato Policial Buenos Aires" (Fallos: 340:437)).

SERVICIO PENITENCIARIO PROVINCIAL

El derecho del personal del servicio penitenciario provincial a constituir una asociación sindical resulta de la aplicación directa del art. 14 bis, primer párrafo, in fine, de la Constitución Nacional, sin que sea necesaria intermediación normativa alguna sino la mera inscripción en un registro especial; por lo que toda norma infraconstitucional que prohíba el ejercicio de tal derecho deviene manifiestamente inconstitucional (Disidencia del juez Rosatti que remite a su disidencia en el precedente "Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social" (Fallos: 343:1841)).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 22 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Sindicato de Policías y Penitenciarios de la Provincia de Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la resolución 1183/2012, del Ministerio de Trabajo, que había rechazado la solicitud formulada por el "Sindicato de Policías y Penitenciarios de la Provincia de Buenos Aires" para que se le otorgue la simple inscripción gremial en los términos de la ley 23.551 de asociaciones sindicales.

Para resolver de ese modo el a quo señaló que ciertas normas internacionales de derechos humanos, que cuentan jerarquía constitucional -arts. 16.3. de la Convención Americana de Derechos Humanos, 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales- permitían afirmar válidamente la presencia de una "*clara y notoria*" restricción a la sindicalización de los integrantes de las fuerzas de seguridad. Agregó que existía una previsión similar en el Convenio 87 de la OIT (art. 9°) y transcribió una decisión del Comité de Libertad Sindical en tal sentido. Indicó, además, que no correspondía similar a la peticio-

naria a las asociaciones de trabajadores reguladas por la ley 23.551, porque pretendía representar a "*funcionarios públicos*" que integran el Estado, poseen el monopolio del uso de la fuerza y deben garantizar la seguridad. Sostuvo, finalmente, que la legislación argentina no regulaba la sindicalización de la policía pero expresó que "*ello no está en contradicción con los instrumentos internacionales*" (fs. 40/41de los autos principales).

2°) Que contra tal decisión la entidad peticionaria dedujo el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la queja en examen.

En la apelación federal la recurrente afirma la arbitrariedad de lo resuelto con fundamento en que los jueces del Tribunal de alzada habrían soslayado que si bien los instrumentos internacionales aludidos en la sentencia facultarían a los estados a restringir el derecho de asociación de las fuerzas de seguridad, no existe –en el caso- norma prohibitiva de la organización sindical libre y democrática garantizada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y en los tratados incorporados en el art. 75 inc. 22 tras la reforma de 1994.

3°) Que el recurso es formalmente admisible toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas de índole federal en las que la apelante fundó su derecho y la decisión impugnada ha sido contraria a la pretensión (art. 14, inciso 3°, de la ley 48). Habida cuenta de que junto a la mencionada cuestión federal la recurrente plantea también la arbitrariedad del fallo, corresponde examinar de forma conjunta sus agravios ya que ambos puntos se encuentran inescindiblemente ligados entre sí (Fallos: 330:4331; 338:556 y 757, entre muchos más).

4°) Que en este caso la discusión se centra en determinar la existencia o no del derecho de sindicación de los agentes policiales y del servicio penitenciario de la Provincia de Buenos Aires a los que la entidad peticionaria pretende representar (art. 6° del estatuto agregado en el expediente administrativo caratulado por la CNAT como Expte. n°10747/2013).

Cabe destacar que, en relación con los trabajadores que pertenecen a la policía provincial, la ley 13.982 -reglamentada por el decreto 1050/2009- veda a los agentes policiales participar en actividades de tipo gremial. En sentido similar, el decreto-ley 9578/1980 dispone que los agentes del servicio penitenciario bonaerense tienen prohibido "j)

Formular peticiones, quejas o reclamos en forma colectiva…" (art. 47) circunstancia esta última que, de configurarse, puede dar lugar a una sanción (arts. 92 y 94).

5°) Que, enmarcada en las disposiciones normativas citadas, la controversia suscitada resulta análoga a la examinada por el Tribunal en el precedente registrado en Fallos: 340:437 ("Sindicato Policial Buenos Aires") y en la causa "Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad", Fallos: 343:1841. En consecuencia, sobre la base de los fundamentos y conclusiones que emanan de los pronunciamientos respectivos, a los que cabe remitir -en lo pertinente- por razones de brevedad, corresponde hacer lugar a la pretensión recursiva deducida y disponer la confirmación del fallo apelado.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Agréguese la queja al principal. Declárase perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda (en disidencia)– Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti (en disidencia).

Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Juan Carlos Maqueda

Considerando:

Que los cuestionamientos de la apelante encuentran adecuada respuesta en los pronunciamientos dictados por esta Corte en el precedente que se registra en Fallos: 340:437 ("Sindicato Policial Buenos") y en la causa "Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social", Fallos: 343:1841 (disidencias del juez Maqueda), a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance

indicado. Con costas. Agréguese la queja al expediente principal, reintégrese el depósito de fs. 2 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, oportunamente, remítase.

JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

Que los cuestionamientos de la apelante encuentran adecuada respuesta en los pronunciamientos dictados por esta Corte en el precedente registrado en Fallos: 340:437 ("Sindicato Policial Buenos") y en la causa "Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad", Fallos: 343:1841, (disidencias del juez Rosatti), a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Agréguese la queja al expediente principal, reintégrese el depósito de fs. 2 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, oportunamente, remítase.

HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por el **Sindicato de Policías y Penitenciarios de la Provincia de Buenos Aires (SINOPE), parte actora**, representado por los **Dres. Hugo Antonio Moyano y Juan Manuel Martínez Chas**.

Tribunal de origen: **Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo**.

EMDERSA GENERACIÓN SALTA S.A. c/ EN – AFIP – DGI – Ley 25063 s/ Proceso de conocimiento

REGULACION DE HONORARIOS

En atención a la labor desarrollada por los profesionales intervinientes corresponde regular sus honorarios de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6°, incs. a, b, c y d, 9°, 14° y ccs. de la ley 21.839 –modificada por la ley 24.432-.

REGULACION DE HONORARIOS

Toda vez que la acción promovida tenía como objeto que se declare la inconstitucionalidad del Título V de la ley 25.063 en cuanto estableció el impuesto a la ganancia mínima presunta, no puede asignársele a la misma un contenido económico determinado, motivo por el cual los honorarios deben ser calculados de conformidad con las pautas del art. 6° de la ley 21.839 (Voto de la jueza Highton de Nolasco).

REGULACION DE HONORARIOS

Si bien la pretensión impositiva no constituye estrictamente el monto del juicio base para la aplicación de la escala arancelaria, debe ser considerada como una pauta indicativa para establecer una justa retribución de los profesionales intervinientes (Voto de la jueza Highton de Nolasco).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de abril de 2021.

Autos y Vistos:

En atención a la labor desarrollada a fs. 403/410 vta; a lo resuelto por esta Corte en la causa “Establecimiento Las Marías S.A.C.I.F.A.” (Fallos: 341:1063); y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6°,

incs. a, b, c y d, 9°, 14° y ccs. de la ley 21.839 –modificada por la ley 24.432, se regulan los honorarios de las doctoras María Fernanda Bigozzi y Lucía del Carmen Navarrete, en conjunto, en la suma de sesenta y cinco mil pesos ($ 65.000.-).

Dichos honorarios no incluyen el impuesto al valor agregado, monto que –en su caso- deberá ser adicionado conforme a la subjetiva situación de las profesionales beneficiarias frente al citado tributo. Notifíquese a las interesadas y devuélvanse a sus efectos.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco (según su voto)– Ricardo Luis Lorenzetti.

Voto de la Señora Vicepresidenta Doctora Doña Elena I. Highton de Nolasco

Considerando:

1°) Que corresponde regular los honorarios solicitados, de acuerdo con lo resuelto por esta Corte en la causa "Establecimiento Las Marías S.A.C.I.F.A." (Fallos: 341:1063).

2°) Que el presente proceso no es susceptible de apreciación pecuniaria. En efecto, Emdersa Generación Salta S.A. promovió esta acción a fin de que se declare la inconstitucionalidad del Título V de la ley 25.063 en cuanto estableció el impuesto a la ganancia mínima presunta, con relación al ejercicio fiscal 2012.

Al ser ello así mal puede asignársele a la acción meramente declarativa un contenido económico determinado ajeno al específico objeto del litigio (conf. doctrina causa CSJ 205/1988 (22-S)/CS1 "Satecna Costa Afuera S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cláusula comercial (transporte marítimo)", sentencia del 9 de junio de 1994 y causa CSJ 1133/2003 (39- S)/CS1 "Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de certeza", voto de la jueza Highton de Nolasco, pronunciamiento del 10 de agosto de 2010), por lo que los honorarios respectivos deben ser calculados de conformidad con las pautas del art. 6° de la ley 21.839.

3°) Que no obstante ello, y a esos fines, es necesario precisar que si bien la pretensión impositiva no constituye estrictamente el "monto del juicio" base para la aplicación de la escala arancelaria, debe ser considerada como una "pauta indicativa" para establecer una justa retribución de los profesionales intervinientes.

Por ello, en atención a la labor desarrollada a fs. 403/410 vta., y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6º, incs. b, c y d; 9º, y concs. de la ley 21.839 –modificada por la ley 24.432-, se regulan los honorarios de las doctoras María Fernanda Bigozzi y Lucía del Carmen Navarrete, en conjunto, en la suma de sesenta y cinco mil pesos ($ 65.000).

Dichos honorarios no incluyen el impuesto al valor agregado, monto que –en su caso- deberá ser adicionado conforme a la subjetiva situación de las profesionales beneficiarias frente al citado tributo. Notifíquese a las interesadas y devuélvanse a sus efectos.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

GOIZUETA, ANDRÉS ALEJANDRO C/ EJÉRCITO ARGENTINO – CONTADURÍA GENERAL DEL EJÉRCITO-ESTADO MAYOR GENERAL DEL EJÉRCITO – ENA S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-VARIOS

MEDIDA CAUTELAR

Las resoluciones referentes a medidas cautelares no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos que exige el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario; pero esa regla cede cuando aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación posterior.

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

MEDIDA CAUTELAR

La resolución apelada es asimilable a definitiva, en tanto la decisión del a quo de otorgar la medida cautelar innovativa solicitada por el actor – reincorporación a la fuerza con percepción íntegra de haberes - ocasiona a la demandada un agravio, pues la decisión precautoria posee los mismos alcances y efectos que tendría una eventual sentencia definitiva favorable a la parte actora; decisión que, a la vez, trae aparejada una alteración en la asignación de los recursos afectados al presupuesto de las Fuerzas Armadas que puede perturbar su normal desenvolvimiento; de ese modo, una eventual sentencia favorable a la demandada no importaría una reparación oportuna.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Es procedente el recurso extraordinario toda vez que se ha puesto en tela de juicio el alcance de disposiciones de naturaleza federal (leyes 26.854 y 24.948; decreto 462/03) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido adversa a las pretensiones que la apelante fundó en aquéllas, tal como lo establece el art. 14, inc. 3°, de la ley 48.

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

TUTELA ANTICIPADA

Todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida cautelar debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza.

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

MEDIDA CAUTELAR

Los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando una decisión favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa.

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

MEDIDA CAUTELAR

Corresponde revocar la medida cautelar que dispuso la reincorporación del actor a su cargo en el Ejército Argentino con percepción íntegra de haberes, toda vez que los magistrados no verificaron exhaustivamente si éste había acreditado los extremos exigibles para la procedencia de la medida cautelar solicitada, defecto que se torna más evidente cuando se repara en que su concesión tiene los mismos efectos que la admisión de la pretensión de fondo planteada; anticipación que se manifiesta inaceptable al no advertirse que el mantenimiento o alteración de la situación de hecho pueda influir en el dictado de la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible.

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

MEDIDA CAUTELAR

La mera afirmación dogmática acerca de la supremacía que una norma constitucional tiene sobre las leyes, los decretos y las resoluciones (lo que resulta innegable, a la luz de lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional) no basta, por sí sola, para que el derecho invocado por quien peticiona una medida cautelar se torne verosímil; pues de ser así, sería suficiente que el peticionante invocara cualquier precepto constitucional como sustento de su reclamo para que la pretensión cautelar resultara procedente.

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

MEDIDA CAUTELAR

Corresponde revocar la medida cautelar que dispuso la reincorporación del actor a su cargo en el Ejército Argentino con percepción íntegra de haberes, toda vez que los jueces no examinaron la índole del vínculo que unía a las partes, regulado prima facie por las disposiciones de la ley 24.948 (cuyo art. 11 contempla la existencia de personal militar en actividad incorporado por períodos determinados) y del decreto 462/03 (cuyo art. 4° establece que el tiempo máximo de permanencia en el servicio activo de ese personal no puede superar los trece años, al término de los cuales se producirá su baja obligatoria), y su eventual compatibilidad con el derecho a la estabilidad del empleado público que garantiza el art. 14 bis de la Constitución Nacional, cuestiones que exigen un ámbito de mayor debate y prueba que el del proceso cautelar.

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

REINCORPORACION

Corresponde revocar la medida cautelar que dispuso la reincorporación del actor a su cargo en el Ejército Argentino con percepción íntegra de haberes, pues la admisión de una medida que busca obtener la reincorporación, así como la devolución de los sueldos no percibidos con motivo del apartamiento, constituye un acto jurisdiccional de tal magnitud que excede el marco de lo hipotético, dentro del cual toda medida cautelar agota su virtualidad.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 95/102, la Cámara Federal de Mar del Plata confirmó la decisión de la instancia anterior (v. fs. 67/68) que, al conceder la medida cautelar solicitada por el actor, había ordenado reincorporarlo -provisoriamente y hasta tanto se dictara sentencia definitiva-- al cargo que tenía en el Escuadrón de Ingenieros Blindado 1 (Regimiento de Olavarría) del Ejército Argentino, con percepción íntegra de sus haberes a partir de enero de 2014, inclusive.

Para decidir de esa manera, el vocal que votó en primer término sostuvo que, por tratarse de un crédito salarial (y, por ende, de carácter alimentario), la medida cautelar estaba exceptuada de la limitación temporal prevista por el art. 5° de la ley 26.854.

Asimismo, en cuanto al agravio relativo a la falta de requerimiento al Estado Nacional del informe previo del art. 4° de la misma ley, expresó que desnaturalizaba los caracteres inaudita parte, sin contradictorio y sin intervención de la contraria propios de las medidas cautelares, razón por la cual consideró que esa exigencia era inconstitucional por vulnerar lo dispuesto por los arts. 1°, 16, 43, 75 -incs. 22 y 23- y 116 de la Constitución Nacional y por diversas disposiciones de tratados internacionales con jerarquía constitucional, al restringir el acceso a la justicia de los ciudadanos cuando demandaban al Estado Nacional y colocarlos en una situación de desigualdad procesal, en contradicción con los principios de tutela judicial efectiva y debido proceso legal.

Con relación a los agravios vertidos por la demandada respecto

del otorgamiento de la medida cautelar, luego de aludir a su finalidad y requisitos de procedencia, entendió que la verosimilitud del derecho invocado se encontraba acreditada en atención a la presunta arbitrariedad de la resolución 1852/14, toda vez que el actor la controvertía por violar principios de raigambre constitucional (art. 14 bis) y, por ende, de mayor jerarquía que dicha resolución o que la ley 24.948 y su decreto reglamentario 462/03. Con relación al peligro en la demora, refirió -sin que ello implicara incurrir en prejuzgamiento, según aclaró- que se trataba de un caso de supervivencia, pues el actor necesitaba contar con medios suficientes para hacer frente a las necesidades básicas de su subsistencia y la de su familia, compuesta por su esposa y tres hijos, y sólo contaba con los ingresos derivados de su relación de empleo con el Ejército Argentino.

El juez que votó en segundo lugar coincidió con los argumentos de su colega según los cuales el art. 4° de la ley 26.854 era inconstitucional y la exigencia temporal prevista por el art. 5° de la misma ley resultaba inaplicable al caso de autos, por tratarse de un crédito alimentario Asimismo, entendió que de la petición del actor se desprendía un claro temor a que, en los hechos y a partir de un posible o probable accionar estatal, se violentara su derecho -resguardado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional- a trabajar libremente. Agregó que no se observaba que las circunstancias que habían dado origen a la medida cautelar cuestionada hubieran cesado o variado de forma tal que ameritara su modificación o levantamiento.

Finalmente, el tercer vocal de la cámara adhirió a los fundamentos del primer voto.

-II-

Disconforme el Estado Nacional (Ministerio de Defensa - Ejército Argentino) interpuso recurso extraordinario de fs. 107/123, que fue concedido a fs. 126/128 “con arreglo a los fundamentos precedentemente expuestos (art. 14 ley 48)”.

Según tales fundamentos, en primer lugar, la cámara entendió que no se advertían *-prima facie-* motivos que justificaran el conocimiento de la Corte Suprema con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad, invocada por el recurrente.

Seguidamente, luego de recordar la jurisprudencia de V.E. según la cual las resoluciones sobre medidas cautelares no revestían, en principio, el carácter de sentencias definitivas en los términos del art. 14 de la ley 48, consideró que su pronunciamiento resultaba equipa-

rable a definitivo "dado que de producirse el gravamen que la parte invoca el mismo debe ser atendido en la oportunidad procesal en la que el mismo se ha puesto de manifiesto por quien se dice agraviado" (v. consid IV, primer párrafo).

A continuación, recordó que la ley 26. 854 había recibido fuertes objeciones en distintos ámbitos, tanto nacionales como internacionales, y había sido tachada de inconstitucional en reiteradas ocasiones, cuestiones que resultaban suficientes para justificar el interés institucional que revestía el punto cuestionado por la recurrente; a ello, se agregaba el marcado uso del concepto de "interés público" en la nueva ley de medidas cautelares.

En consecuencia, consideró que se advertía, en el caso, un supuesto excepcional que permitía asimilar la sentencia recurrida a una definitiva, que comprendía cuestiones que excedían el mero interés individual de las partes y afectaban de modo directo a la comunidad.

Finalmente, destacó, si bien incumbía a V.E. juzgar sobre la existencia o no de un supuesto de gravedad institucional, ello no eximía a los tribunales anteriores de resolver circunstancialmente si la apelación federal contaba con fundamento suficiente para dar sustento a la invocación de dicha doctrina.

-III-

En sus agravios, la demandada defiende la constitucionalidad del art. 4° de la ley 26.854 sobre la base de considerar que la finalidad del informe previsto por la norma es que la autoridad pública dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud de la medida cautelar, y que el plazo procesal para contestarlo es sumamente exiguo. Agrega que, si se hubiera observado ese precepto, difícilmente habría sido concedida la medida precautoria, pues lo actuado en el ámbito castrense respecto del actor estuvo ajustado a derecho; ello, en tanto no resultaba procedente disponer la permanencia del actor en la fuerza por no cumplirse los requisitos reglamentarios exigidos para su continuidad en el Ejército Argentino.

Al respecto, señala que el actor fue incorporado a las filas del Ejército en los términos del art. 11 de la ley 24.948, reglamentada por el decreto 462/03, que prevé la figura del personal militar incorporado por períodos determinados y dispone un tiempo máximo de permanencia de 13 años; alcanzado éste, afirma, el actor fue notificado el 9 de octubre de 2013 de que no se le renovaría el compromiso de servicios,

situación que fue materializada mediante la resolución 1852/14 del jefe del Estado Mayor General del Ejército del 30 de diciembre de 2013.

Aduce que, además de no haberse acreditado la verosimilitud del derecho, la sola manifestación del actor resulta insuficiente para demostrar el peligro en la demora, en tanto no se advierte que sus derechos pudieran tornarse ilusorios durante el tiempo que transcurra hasta el dictado de la sentencia de mérito.

También cuestiona que, a pesar de lo dispuesto por el art. 5° de la ley 26.854, hayan transcurrido varios años desde el dictado de la medida cautelar sin que avanzara la causa principal, lo que evidencia -a su entender- que el actor no tiene urgencia en que se le reconozca o rechace su derecho.

Por último, considera que, como el Estado Nacional no tiene la obligación legal de pagarle el salario al actor (porque no se le renovó su compromiso de servicios en razón de haber alcanzado el tiempo máximo de incorporación de 13 años), no se verifica en el caso la presencia de un crédito alimentario.

-IV-

En orden a verificar si en autos concurren los presupuestos para habilitar la instancia de excepción, cabe recordar que las resoluciones referentes a medidas cautelares no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas, en los términos que exige el art. 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos: 310:681; 313:116, entre muchos otros); pero esa regla cede cuando aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y circunstancias de hecho, pueda ser de tardía , insuficiente o imposible reparación posterior (Fallos: 316:1833; 328:4493 y 4763, entre otros) .

Sobre la base de tales premisas, considero que, en el *sub lite*, la resolución apelada es asimilable a definitiva, en tanto la decisión del *a quo* de otorgar la medida cautelar innovativa solicitada por el actor ocasiona a la demandada un agravio de esa naturaleza, pues la decisión precautoria posee los mismos alcances y efectos que tendría una eventual sentencia definitiva favorable a la parte actora; decisión que, a la vez, trae aparejada una alteración en la asignación de los recursos afectados al presupuesto de las Fuerzas Armadas que puede perturbar su normal desenvolvimiento; de ese modo, una eventual sentencia favorable a la demandada no importaría una reparación oportuna (v. causas P. 436, L. XLVI, “Plá, José Maria otros c/ E.N.A. – Minist. de Defensa s/ ordinario” y C. 59, L. XLIX, “Claro, Miguel Ángel c/ Estado

Nacional s/ apelación medida cautelar", sentencias del 26 de septiembre de 2012 y del 19 de marzo de 2014, respectivamente; entre otros).

Además, se ha puesto en tela de juicio el alcance de disposiciones de naturaleza federal (leyes 26.854 y 24.948; decreto 462/03) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido adversa a las pretensiones que la apelante fundó en aquéllas, tal como lo establece el art. 14, inc. 3°, de la ley 48.

Asimismo, estimo que los agravios alegados al deducir el recurso extraordinario se hallan inescindiblemente ligados entre sí, por lo que la concesión parcial decidida por el tribunal apelado implicaría una inadecuada ruptura de la unidad conceptual de la argumentación en que basa sus agravios la apelante, motivo por el cual opino que corresponde su tratamiento conjunto (Fallos: 326:1339 y 2329; 327:2932 y 3597; 330:1855 y 2347, entre otros), dada la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio.

-V-

Ante todo, cabe señalar que Andrés Alejandro Goizueta promovió demanda contra el Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) a fin de obtener su reincorporación al Escuadrón de Ingenieros Blindado 1 de Olavarría y el pago de los haberes devengados a partir de enero de 2014, y planteó la ilegalidad e inconstitucionalidad de las normas en que se basó el Estado Mayor General del Ejército para disponer la no renovación de su compromiso de servicios. En ese marco, pidió que se dictara una medida cautelar por la cual se ordenara su inmediata reincorporación y el pago de los haberes que se devengaran hasta el cumplimiento de dicha medida (v- fs. 56/64).

Sentado lo anterior, conviene traer a colación la doctrina de la Corte que enseña, por un lado, que todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida cautelar debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (Fallos: 329:4161 y 5160, entre otros) , así como aquella otra que resalta que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando una decisión favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa (Fallos: 329:3464 y 4161; 330:2186 y 4076).

En el *sub lite*, a mi modo de ver, los magistrados no verificaron exhaustivamente si la actora había acreditado los extremos exigibles para la procedencia de la medida cautelar solicitada, defecto que se torna más evidente cuando se repara en que su concesión tiene -como se dijo- los mismos efectos que la admisión de la pretensión de fondo planteada; anticipación que se manifiesta inaceptable al no advertirse que el mantenimiento o alteración de la situación de hecho pueda influir en el dictado de la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible (Fallos: 330:4076).

En efecto, de las constancias obrantes en la causa (v. fs. 27/28) se desprende que, por medio de la Resolución 1852/14 del jefe del Estado Mayor General del Ejército, se dispuso no renovar el compromiso de servicios al cabo primero artículo 11 de Ingenieros Andrés Alejandro Goizueta a partir del 31 de diciembre de 2013, por haber alcanzado el tiempo máximo de incorporación de trece años. En los considerandos de dicha resolución se explica que el art. 3° del anexo I del decreto 462/03 faculta a los jefes de Estados Mayores Generales de las Fuerzas Armadas a dictar las resoluciones necesarias para regular los aspectos particulares que rigen al personal militar incorporado por períodos determinados en cada fuerza; y que el art. 4° establece que el tiempo máximo de permanencia en el servicio activo de ese personal en ningún caso podrá superar los trece años de servicio y que, una vez cumplidos, se producirá su baja obligatoria.

En ese contexto, con relación al requisito del *fumus bonis iuris*, la cámara sostuvo que se encontraba configurado en virtud de la presunta arbitrariedad de la resolución 1852/14 porque el actor la cuestionaba por violar lo dispuesto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, norma de jerarquía superior a dicha resolución, a la ley 24.948 y al decreto 462/03 (v. fs. 97, último párrafo).

Ahora bien, la mera afirmación dogmática acerca de la supremacía que una norma constitucional tiene sobre las leyes, los decretos y las resoluciones (lo que resulta innegable, a la luz de lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional) no basta, por sí sola, para que el derecho invocado por quien peticiona una medida cautelar se torne verosímil; de ser así, sería suficiente que el peticionante invocara cualquier precepto constitucional como sustento de su reclamo para que la pretensión cautelar resultara procedente.

En el caso, la verificación de que aquel requisito necesario para la procedencia de una medida cautelar se encontraba reunido requería que los jueces examinaran la índole del vínculo que unía a las partes,

regulado *prima facie* por las disposiciones de la ley 24.948 (cuyo art. 11 contempla la existencia de personal militar en actividad incorporado por períodos determinados) y del decreto 462/03 (cuyo art. 4° establece que el tiempo máximo de permanencia en el servicio activo de ese personal no puede superar los trece años, término de los cuales se producirá su baja obligatoria), y su eventual compatibilidad con el derecho a la estabilidad del empleado público que garantiza el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Ese examen, que no fue siguiera intentado por la cámara en la resolución apelada, exige un ámbito de mayor debate y prueba que el del proceso cautelar (v. Fallos: 332:1600; 340:1136).

No debe perderse de vista que el Tribunal tiene dicho que la admisión de una medida que busca obtener la reincorporación de los actores en sus respectivos cargos, así como la devolución de los sueldos no percibidos con motivo del apartamiento de sus puestos, constituye "un acto jurisdiccional de tal magnitud que excede el marco de lo hipotético, dentro del cual toda medida cautelar agota su virtualidad" (Fallos: 327:2490).

-VI-

A mi criterio, resulta innecesario examinar los restantes agravios vertidos por la demandada, pues lo expuesto resulta suficiente para revocar la resolución cautelar apelada, sin que los fundamentos del presente dictamen importen sentar opinión sobre la solución que, en definitiva, quepa dar al pleito.

-VII-

En virtud de lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 11 de febrero de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Goizueta, Andrés Alejandro c/ Ejército Argentino – Contaduría General del Ejército - Estado Mayor General del Ejército – ENA s/ contencioso administrativo-varios".

Considerando:

Que este Tribunal comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que se remite, por razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia. Sin especial imposición de costas por no haber mediado actividad de la contraria en esta instancia. Vuelvan los autos al tribunal de origen, para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con el alcance indicado. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Estado Nacional – Ejército Argentino, parte demandada**, representado por la **Dra. Natalia Pigretti.**

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia nº 2 de la Ciudad de Azul.**

M. P., C. F. s/ Determinación de la capacidad (vigente hasta 13/08/2015)

CUESTIONES DE COMPETENCIA

Si bien la correcta traba de la cuestión de competencia supone, por un lado, una atribución recíproca y, por otro, que el tribunal que la inició tome conocimiento de las razones que informan lo decidido por el otro órgano para que declare si sostiene su posición, y ello, en rigor, no ocurrió en la causa, razones de economía y celeridad procesal aconsejan dejar de lado ese reparo formal y expedirse sobre la contienda suscitada.

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

CAPACIDAD

El artículo 36 del Código Civil y Comercial establece que la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad se deduce ante el juez correspondiente al domicilio de la persona en cuyo interés se inicia el juicio o ante el tribunal del lugar de su internación; pauta legal que debe leerse a la luz de sus finalidades, las leyes análogas, los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (arts. 1 y 2, CCyCN).

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

CAPACIDAD

El nuevo Código Civil y Comercial asigna al juez la obligación de revisar periódicamente la sentencia sobre la determinación de la capacidad de la persona en base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y de garantizar la inmediatez con el interesado, entrevistándolo personalmente y salvaguardando la accesibilidad y los ajustes razonables que requiera (arts. 35, 37 y 40).

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

CAPACIDAD

La labor atribuida a los jueces por el nuevo Código Civil y Comercial en materia de determinación de la capacidad de la persona va más allá de una aproximación para tomar vista, pues implica un ejercicio de evaluación y de seguimiento cuyo adecuado despliegue está, en principio, vinculado con el lugar en donde habita establemente la persona; máxime, cuando el desenvolvimiento de los profesionales involucrados podría verse dificultado fuera del ámbito territorial para el que fueron designados.

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

CAPACIDAD

Toda vez que la persona se encuentra alojada en la Unidad n° 34 del Servicio Penitenciario Provincial de Melchor Romero y no se advierte que un cambio en la competencia vaya a generar perjuicios sustanciales al interesado puesto que no se aprecia en las actuaciones que se

haya avanzado en la determinación de su capacidad ni que el causante mantenga algún contacto sostenido con los operadores judiciales o con sus familiares, atendiendo al alcance del principio de inmediatez que integra la garantía constitucional de acceso a una tutela judicial efectiva (arts. 35 y ccds. CCyC; 18, CN, 25 de la CADH y 13 de la CDPD), corresponde determinar que el juzgado con competencia en capacidad de las personas del departamento judicial que incumba a la Unidad citada es el que se halla en mejores condiciones para continuar el proceso de determinación de capacidad.

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

CAPACIDAD

Toda vez que no se ha mantenido audiencia con el causante en los términos del artículo 35 del Código Civil Y Comercial, ni se han continuado las diligencias propias de la determinación de la capacidad desde la declaración de incompetencia, resulta menester que, con la premura del caso, el juzgado competente esclarezca la situación actual de aquél y adopte las medidas a las que hubiere lugar con arreglo al Código citado y a la ley 26.657.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

El Juzgado Nacional en lo Civil nº 86 declinó intervenir en las actuaciones con el argumento de que el causante se encuentra alojado en la Unidad nº 34 de la Dirección Provincial de Salud Penitenciaria, situada en Melchor Romero, provincia de Buenos Aires, y que al tiempo de su detención residía en la localidad de Florencio Varela. Sobre esa base, dispuso la intervención del tribunal provincial que corresponda (fs. 458/60 del expediente principal, al que aludiré salvo aclaración en contrario).

Por su parte, el Juzgado de Familia nº 2 de Florencio Varela, se inhibió de entender en los autos “M. P., C. F. s/ determinación de la capacidad jurídica”, sustentado en que el centro de vida del causante se encuentra en Capital Federal y en que existe conexidad con las cau-

sas tramitadas por el órgano nacional. Remitió entonces las citadas actuaciones, junto con los autos "M. P., C. F. s/ materia a categorizar", al tribunal que previno (fs. 105/108 del agregado nº 122.148 que corre junto al principal).

El juzgado nacional, tras una consulta realizada por personal del tribunal bonaerense y luego de ubicar las actuaciones -traspapeladas- remitidas por ese juzgado, mantuvo su criterio y elevó la causa a esa Corte para que dirima el conflicto (v. fs. 526/528).

En ese estado, se corrió vista a esta Procuración General (cfr. fs. 529).

-II-

Si bien la correcta traba de la cuestión de competencia supone, por un lado, una atribución recíproca y, por otro, que el tribunal que la inició tome conocimiento de las razones que informan lo decidido por el otro órgano para que declare si sostiene su posición, y ello, en rigor, no ocurrió aquí, razones de economía y celeridad procesal aconsejan dejar de lado ese reparo formal y expedirse sobre la contienda suscitada (ver Fallos: 340:406, "Díaz"; 340:850, "Tullberg"; entre muchos otros).

-III-

Ante todo, observo que el 15 de septiembre de 2006 la madre del señor M.P. inició la presente causa en la justicia nacional debido a que su hijo padecía de esquizofrenia paranoide. De las constancias del expediente se desprende que el causante permaneció internado en el Hospital José T. Borda entre septiembre del 2010 y marzo de 2011 debido a una descompensación psicótica (ver esp. fs. 6/7, 13, 39/41, 144, 177 y 183). También observo que en esa sede tramitó una denuncia contra M.P. por violencia familiar (esp. fs. 133 y 149 y oficio que se acompaña a los autos).

En octubre de 2016, como se refirió supra, el juzgado nacional se declaró incompetente (v. fs. 458/460).

Por su parte, en septiembre de 2014, la Asesoría de Incapaces nº 2 del Departamento Judicial de Quilmes, inició un proceso de determinación de la capacidad motivado por un diagnóstico similar que, al cabo, quedó radicado en Florencio Varela, hasta que ese juzgado se declaró incompetente el 15 de noviembre de 2019 (esp. fs. 4/12, 37/38, 63/64, 86, 89/90, 99 y 105/108 del expediente agregado al principal).

Actualmente. el Juzgado de Familia nº 2 de Florencio Varela mantiene el trámite del expediente "M. P., C. F. s/ cuadernillo de control"

(124.221), relativo al control civil de la medida de seguridad que se sustancia ante el Juzgado de Ejecución Penal nº 1 de Quilmes, provincia de Buenos Aires (v. oficio digital que se acompaña al presente).

De su lado, en lo que ahora nos ocupa, observo que el causante se encuentra cumpliendo dicha medida de seguridad en la Unidad nº 34 del Servicio Penitenciario Provincial, situada en Melchor Romero, a disposición del Juzgado de Ejecución Penal 1 de Quilmes -causa 18.178-, tras haber sido declarado inimputable y sobreseído en el trámite de una causa por homicidio (fs. 297/302, 316/317, 392/395 y certificado de esta Procuración General y oficio remitido por el juzgado provincial, que se acompañan).

-IV-

El artículo 36 del Código Civil y Comercial establece que la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad se deduce ante el juez correspondiente al domicilio de la persona en cuyo interés se inicia el juicio o ante el tribunal del lugar de su internación; pauta legal que debe leerse a la luz de sus finalidades, las leyes análogas, los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (arts. 1 y 2, CCyCN).

En ese marco interpretativo, y aun cuando uno de los procesos se inició en la jurisdicción nacional -en el año 2006- por ser el foro donde entonces residía el causante, adquiere una singular preponderancia el principio de la tutela judicial efectiva y la doctrina que la Corte Suprema ha elaborado sobre la base de esa directiva constitucional (v. Fallos: 328:4832, “T.R.A.”; 340:7, “B., H. L.”; entre otros).

En este sentido, es necesario tener en cuenta que el nuevo Código Civil y Comercial asigna al juez la obligación de revisar periódicamente la sentencia sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y de garantizar la inmediatez con el interesado, entrevistándolo personalmente y salvaguardando la accesibilidad y los ajustes razonables que requiera (v. arts. 35, 37 y 40). Asimismo, según el artículo 35 de ese ordenamiento, la entrevista debe celebrarse en presencia de un representante del Ministerio Público y de un letrado que preste asistencia al interesado.

Como puede colegirse, la cercanía física facilita la concreción del fin de la norma e incide en la concentración procesal y en los demás aspectos prácticos característicos de este tipo de causas, que exigen particular celeridad y eficacia. Es que la labor atribuida a los jueces

por el nuevo código va más allá de una aproximación para tomar vista, pues implica un ejercicio de evaluación y de seguimiento cuyo adecuado despliegue está, en principio, vinculado con el lugar en donde habita establemente la persona; máxime, cuando el desenvolvimiento de los profesionales involucrados podría verse dificultado fuera del ámbito territorial para el que fueron designados (v. CSJ 06592/2015/CS1, "F., L. M. s/ determinación de la capacidad", del 02/05/19).

Desde esa perspectiva, observo que el señor M.P. se encuentra alojado en la Unidad nº 34 de Melchor Romero desde el 11 de octubre de 2013. Asimismo, no se advierte que un cambio en la competencia vaya a generar perjuicios sustanciales al interesado puesto que no se aprecia en las actuaciones que se haya avanzado en la determinación de su capacidad ni que el causante mantenga algún contacto sostenido con los operadores judiciales o con sus familiares (v. esp. fs. 282, 293, 366/367, 374, 393/394, 458/460; fs. 105/108 del agregado; y certificación y oficio ya referidos).

De tal modo, atendiendo al alcance del principio de inmediatez que integra la garantía constitucional de acceso a una tutela judicial efectiva (arts. 35 y ccds. CCyC; 18, CN, 25 de la CADH y 13 de la CDPD), opino que el juzgado con competencia en capacidad de las personas del departamento judicial que incumba a la Unidad 34 del Servicio Penitenciario Provincial, situada en Melchor Romero, es el que se halla en mejores condiciones para continuar el proceso de determinación de capacidad.

En cuanto a la conexidad planteada por el juez de Florencio Varela, advierto que existen dos expedientes que buscan determinar la capacidad de la persona, por lo que, para evitar sentencias contradictorias, deberán resolverse conjuntamente (cf. doctrina en los autos CSJ 5991/2014/CS1, "Romarovsky, Gabriel Esteban y otro c/ Quintana, Ana María y otro s/ nulidad", sentencia del 15/10/15; en lo pertinente).

-V-

Finalmente, más allá del objeto concreto de la vista conferida, señalo que en autos no se ha mantenido audiencia con C.F.M.P. en los términos del artículo 35, ni se han continuado las diligencias propias de la determinación de la capacidad desde la declaración de incompetencia. Por ello es menester que, con la premura del caso, el juzgado competente esclarezca la situación actual del causante y adopte las medidas a las que hubiere lugar con arreglo al Código Civil y Comercial y a la ley 26.657.

Asimismo, anoto que en el expediente principal se procedió a ordenar el depósito de los pagos concernientes a la pensión del causante en la cuenta abierta a nombre de estos autos y a autorizar la venta de las partes indivisas de los inmuebles de su propiedad, aun después de declinada la competencia, tras lo cual se dispuso el archivo de las actuaciones (esp. fs. 363/364, 379, 397/400, 420, 442/443, 450, 486 y 523).

Por último, no surge de las actuaciones procesales que se haya presentado una formal rendición de cuentas por parte de los diferentes curadores intervinientes –ver. arts. 130 y ss. y 138 del CCyCN–, a pesar de haberse autorizado las ventas referidas y ordenado el depósito de la pensión en la cuenta abierta en el expediente.

-VI-

Por lo expuesto, dentro del limitado marco cognoscitivo propio de estos conflictos, opino que las causas deben quedar radicadas ante el juzgado con competencia en capacidad de las personas del departamento judicial que incumba a la Unidad nº 34 del Servicio Penitenciario Provincial, ubicada en Melchor Romero, provincia de Buenos Aires. Buenos Aires, 18 de noviembre de 2020. *Víctor Ernesto Abramovich Cosarin.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de abril de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que, aun cuando no se encuentra debidamente trabada la cuestión de competencia, como lo advierte el señor Procurador Fiscal en el acápite II de su dictamen, razones de economía, celeridad procesal y mejor administración de justicia, tornan aconsejable dirimir el conflicto.

Por ello, de conformidad con el referido dictamen y habiendo tomado intervención el señor Defensor General adjunto de la Nación, se declara que resulta competente para conocer en las presentes actuaciones el juzgado con competencia en capacidad de las personas del Departamento Judicial que incumba a la Unidad nº 34 del Servicio Penitenciario Provincial, ubicado en Melchor Romero, Provincia de

Buenos Aires, al que se le remitirán por intermedio de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Este tribunal deberá -con la premura que el caso amerita- esclarecer la situación actual de C.F.M.P. y adoptar las medidas a las que hubiere lugar con arreglo al Código Civil y Comercial de la Nación y a la ley 26.657, en tanto sean pertinentes. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 86 y al Juzgado de Familia n° 2, con asiento en Florencio Varela, Departamento Judicial de Quilmes, Provincia de Buenos Aires.

Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

PÉREZ, SERGIO GABRIEL c/ SCOTTON, JORGE ALBERTO
s/ Daños y perjuicios – incump. Contractual (exc. Estado)

CUESTIONES DE COMPETENCIA

Si bien la correcta traba de la cuestión de competencia supone, por un lado, una atribución recíproca y, por otro, que el tribunal que la inició tome conocimiento de las razones que informan lo decidido por el otro órgano para que declare si sostiene su posición, y ello, en rigor, no ocurrió en la causa, razones de economía y celeridad procesal aconsejan dejar de lado ese reparo formal y expedirse sobre la contienda suscitada.

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

CONFLICTO DE COMPETENCIA

En la tarea de esclarecer la contienda de competencia es necesario atender a los hechos que se relatan en la demanda, y después, en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como sustento de la pretensión, así como indagar en su origen y naturaleza y en la relación de derecho existente entre las partes.

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

COMPETENCIA

Corresponde a la justicia local ordinaria entender en la acción tendiente a obtener una reparación por los daños y perjuicios derivados del presunto incumplimiento de una cláusula de no competencia incluida en un contrato de transferencia de las acciones de una sociedad dedicada a la actividad periodística regional en la Provincia de Buenos Aires, pues lo central de la controversia involucra cuestiones que no exceden el marco del derecho común y se refieren a una relación entre particulares fincada en normas del Código Civil y Comercial, sin advertirse que resulte esencial e ineludiblemente necesario interpretar el sentido y alcance de reglas federales que regulan lo atinente al servicio de tecnologías de la información y las comunicaciones.

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

COMPETENCIA LOCAL

Corresponde a la justicia local ordinaria entender en la acción tendiente a obtener una reparación por los daños y perjuicios derivados del presunto incumplimiento de una cláusula de no competencia incluida en un contrato de transferencia de las acciones de una sociedad dedicada a la actividad periodística regional en la Provincia de Buenos Aires, pues la alegada afectación de los derechos de libertad de prensa y expresión carece de suficiente sostén, al menos a esta altura del proceso y en el limitado marco cognoscitivo en el que se deciden los conflictos de competencia, máxime teniendo en cuenta que la cláusula de no competencia inserta por las partes deja a salvo que la actividad periodística podrá ser ejercida por los vendedores.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

El Sr. Sergio Gabriel Pérez interpuso la presente acción, ante el Juzgado Federal nº 2 de Azul, a fin de obtener una reparación por los daños y perjuicios derivados del presunto incumplimiento por parte del Sr. Jorge Alberto Scotton de la cláusula de no competencia incluida

en el contrato de transferencia de las acciones de la sociedad "Grupo Infoeme SA", dedicada a la actividad periodística regional en la zona del centro de la provincia de Buenos Aires. Esa cláusula obligaba a los vendedores de las acciones -entre ellos, el accionado- a no ejercer, por un plazo de diez años, la actividad tocante al objeto de la sociedad transferida. El actor basó centralmente su derecho en disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación y peticionó, además, la reparación del daño extrapatrimonial, el cese de la actividad dañosa y un embargo para garantizar el pleno resarcimiento de los quebrantos (cfse. fs. 89/121).

El juez federal, coincidiendo con el dictamen fiscal, se declaró incompetente con sustento en que la acción remite al estudio de la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones contractuales entre particulares y en que no se hallan afectados intereses federales. Dijo que las circunstancias de hecho que motivan el litigio no exceden el marco del derecho privado, ni comprometen los derechos a la libertad de imprenta o los regulados por la ley 27.078. Por dicha razón, apreció que resulta competente la justicia ordinaria de la provincia de Buenos Aires (fs. 123 y 124).

A su turno, la titular del Juzgado en lo Civil y Comercial nº 2 de Olavarría rechazó la radicación por los mismos motivos que la llevaron a declinar la competencia en el proceso cautelar OL 4225/18, caratulado "Pérez, Sergio Gabriel c/ Scotton, Jorge Alberto s/ medidas cautelares (traba/levantamiento) ", agregado por cuerda a los autos principales. En el marco de ese proceso, iniciado por el actor a fin de lograr el dictado de medidas cautelares tendientes a que el demandado suspenda el ejercicio de la actividad comercial desarrollada en el sitio digital denominado "En Línea Noticias", la magistrada arguyó que podrían verse afectados los derechos de libertad de prensa y de expresión, como así también las telecomunicaciones digitales y el "ciberespacio", y que en esas materias corresponde entender a la justicia federal. Sobre esa base, juzgó trabado un conflicto negativo de competencia y dispuso elevar las actuaciones a esa Corte para que lo dirima (fs. 9/10 y 149 del principal y 157/158 del agregado).

A su turno, la Cámara en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I, declaró mal concedido el recurso de la actora contra la decisión de la jueza de grado que declinó conocer, y ordenó elevar las actuaciones al Tribunal para que dirima el conflicto. Tras precisar que adquirió firmeza lo resuelto en torno a la incompetencia de la justicia ordinaria en el proceso cautelar y que ello fue aceptado por el actor al iniciar una nueva demanda ante el fuero federal, concluyó que la resolución de la

contienda por esa Corte configura una cuestión previa dirimente para el litigio (cfse. fs. 161/163).

En ese estado, se confirió vista a este Ministerio Público (v. fs. 165).

Interesa consignar que, además de declinar la competencia, la justicia provincial rechazó la petición de medidas cautelares dirigidas a suspender la actividad comercial del sitio digital "En Línea Noticias" y evitar la transferencia de la titularidad del dominio, así como el pedido posterior de un embargo preventivo (fs. 23/28, 31/33, 89/123 y 140/143 del expte. agregado y 161/163 de las actuaciones principales).

-II-

Para la correcta traba de la contienda de competencia resulta necesario el conocimiento por parte del tribunal que la promovió de las razones que informan lo decidido por el otro magistrado, para que declare si sostiene su posición (ver Fallos: 327:6037, "Fresoni"), y ello no ha ocurrido aquí. No obstante, razones de economía y celeridad procesal y de mejor servicio de justicia aconsejan dejar de lado ese reparo formal y expedirse sobre el conflicto (Fallos: 340:406, "Díaz"; entre varios otros).

-III-

En la tarea de esclarecer la contienda es necesario atender a los hechos que se relatan en la demanda, y después, en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que se invoca como sustento de la pretensión, así como indagar en su origen y naturaleza y en la relación de derecho existente entre las partes (cfr. Fallos: 330:811, "Lage"; 341:1232, "Empresa Ciudad de Gualeguaychú SRL"; entre otros).

En los autos, el actor, adquirente de las acciones de la sociedad "Grupo Infoeme SA", reclama la reparación de los daños y perjuicios derivados de la supuesta violación por el Sr. Scotton -uno de los vendedores de esos títulos- de la cláusula de no competencia incluida en el contrato de transferencia accionario, por la cual los vendedores se obligaban a no desempeñar, por un plazo determinado, actividad inherente al objeto de la firma. Señala que ese objeto social es la actividad periodística en la zona centro de la provincia de Buenos Aires (en formato gráfico, digital y radial, entre otros), y que la cláusula de no competencia fue incorporada para evitar que los vendedores de las acciones -que, a diferencia del actor, contaban con experiencia en el rubro periodístico y su explotación comercial- pudieran luego de

realizada la operación, montar un negocio similar que compitiera con la empresa transferida.

Alega que esa cláusula, si bien dejaba a salvo la posibilidad de los vendedores de trabajar como periodistas, les impedía, entre otras cosas, explotar un periódico digital en la zona indicada. Al respecto, acusa al accionado de incumplir su obligación contractual por ser titular de dominio del diario digital de Olavarría "En Línea Noticias" y llevar adelante su explotación. Basa su pedido, centralmente, en los artículos 957, 959, 961, 990, 991, 1061, 1716, 1724, 1725, 1737 y concordantes del Código Civil y Comercial y en la ley 27.078 (cfse. fs. 39/42, 89/121 y 130/147 del principal).

En ese plano, opino que lo central de la controversia involucra cuestiones que no exceden el marco del derecho común, ya que el debate del caso se encuentra ceñido a determinar si corresponde la reparación de los daños y perjuicios invocados por el actor en virtud de los incumplimientos contractuales atribuidos al accionado, en una relación entre particulares fincada en normas del Código Civil y Comercial.

Es que, *prima facie*, no advierto que en autos resulte esencial e ineludiblemente necesario interpretar el sentido y alcance de reglas federales que regulan lo atinente al servicio de tecnologías de la información y las comunicaciones -leyes 19.798 y 27.078, sus modificatorias y reglamentarias- (v. CSJ 802/2018/CS1, "Proconsumer (Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur) c/ Telefónica Móviles Argentina SA s/ sumarísimo", decisión del 12 de febrero de 2019, y sus citas).

Cabe resaltar a este respecto que, tras el rechazo del planteo cautelar del actor -prohibición de innovar y de contratar- resuelto en sede provincial (en esp. fs. 23/28, 31/33 y 140/143 del expediente agregado), esa parte se abstuvo de reiterarlo en el fuero federal, donde se limitó a solicitar un embargo preventivo (cfse. fs. 89/121).

Por otra parte, opino que la alegada afectación de los derechos de libertad de prensa y expresión carece de suficiente sostén, al menos a esta altura del proceso y en el limitado marco cognoscitivo en el que se deciden estos conflictos, máxime teniendo en cuenta que la cláusula de no competencia inserta por las partes deja a salvo que la actividad periodística podrá ser ejercida por los vendedores (ver cláusula octava; fs. 41 vta.).

Incumbe agregar que la cláusula sexta del contrato en disputa estipuló que toda controversia derivada del mismo será sometida a la

jurisdicción de los tribunales ordinarios de la ciudad de Olavarría, provincia de Buenos Aires (v. fs. 41).

En tales términos, no encuentro argumentos suficientes para atribuir el conocimiento del asunto a la justicia federal, máxime, teniendo en cuenta que, dada su índole, es restrictiva y de excepción (Fallos: 324:286, "Fisco Nacional"; entre otros).

-IV-

Por ello, opino que la causa deberá continuar su trámite ante el Juzgado en lo Civil y Comercial nº 2 de Olavarría, provincia de Buenos Aires, al que habrá de remitirse, a sus efectos. Buenos Aires, 13 de octubre de 2020. *Víctor Ernesto Abramovich Cosarin*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de abril de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que, aun cuando no se encuentra debidamente trabada la cuestión de competencia, como acertadamente lo advierte el señor Procurador Fiscal en el acápite II de su dictamen, razones de economía y celeridad procesal, tornan aconsejable dirimir el conflicto.

Que, de conformidad con lo dictaminado, se declara que resulta competente para conocer en las presentes actuaciones el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 2 con asiento en Olavarría, del Departamento Judicial de Azul, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirán por intermedio de la Sala 1 de la Cámara de Apelación de dicha localidad. Hágase saber al Juzgado Federal de Primera Instancia n° 2 de Azul.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

ADECUA c/ BANCO PRIVADO de INVERSIONES S.A.
s/ Ordinario

COSA JUZGADA

El respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 del CPCCN)-

ACUERDO

Cualesquiera que fueran los vicios que, a juicio del a quo, pudieran haber afectado el acuerdo transaccional al que se arribara en la causa, no puede declararse —casi tres años y medio después de su homologación— su nulidad absoluta, pues cuando se está en presencia de una decisión jurisdiccional firme dictada por los tribunales, la autoridad de la cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 del CPCCN)-

COSA JUZGADA

La necesidad de proteger el principio de cosa juzgada no implica en modo alguno que las consecuencias de los actos jurisdiccionales afectados por vicios de suma gravedad deban necesariamente perdurar en el tiempo; así el ordenamiento jurídico argentino cuenta con las herramientas adecuadas para que quien eventualmente considere que en un caso particular concurren las limitadas y excepcionales circunstancias en las que la fuerza de la cosa juzgada debe ceder, pueda cuestionarla, supeditado a que lo haga en un proceso que garantice de modo amplio el contradictorio y la defensa en juicio (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 del CPCCN)-

ACUERDO

La ausencia —o parquedad— de pautas adjetivas torna indispensable que los jueces extremen la exigencia de varios recaudos elementales a los fines de no desnaturalizar la finalidad del proceso colectivo ni de afectar los derechos de los miembros del colectivo que por su intermedio se intentan hacer valer (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 del CPCCN)-

ACCIONES COLECTIVAS

Toda vez que los acuerdos conciliatorios constituyen un elemento fundamental en el ámbito de los procesos colectivos, corresponde exigir a los magistrados del Poder Judicial y a los funcionarios del Ministerio Público que evalúen cuidadosamente los acuerdos que se presenten para su homologación (art. 54, ley 24.240) de modo de evitar los efectos perniciosos que la ausencia del cumplimiento de las exigencias señaladas pueda generar en los derechos involucrados (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 del CPCCN)-

ACUERDO

De modo previo a evaluar los términos del acuerdo conciliatorio en un proceso colectivo resulta esencial que el juez determine si se está en presencia de uno de tal tipo y de ser así, es indispensable que se evalúe si la composición del colectivo resulta clara y si quien se presenta como representante reúne los caracteres que garantizan que podrá ejercer correctamente la defensa de los derechos en cuestión y, por lo tanto, amerita ser considerado el representante adecuado; asimismo es necesario que arbitre un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en los términos del convenio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera de él como la de, eventualmente, formular observaciones u objeciones (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 del CPCCN)-

PROCESO COLECTIVO

En los procesos colectivos los jueces deben extremar el cuidado para evitar homologar convenios en los que los diversos aspectos propios de este tipo de procesos (tales como la notificación a los miembros del colectivo, los mecanismos para ejercer el derecho de exclusión o los derechos emergentes de la propuesta transaccional) aparezcan combinados de un modo que genere resultados disfuncionales o que frustre la efectiva realización de los derechos que surgen de lo pactado (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 del CPCCN)-

ACCIONES COLECTIVAS

En los procesos colectivos los jueces deben determinar si los términos propuestos en los acuerdos conciliatorios resultan justos, adecuados y razonables y a tales efectos, deberán considerar, entre otros factores: la verosimilitud de la pretensión deducida; la complejidad jurídica del caso y su dificultad probatoria; las ventajas de obtener un remedio en lo inmediato, en comparación con el tiempo y los costos que insumiría demostrar la razón en juicio, en la hipótesis de éxito del reclamo; y la mayor o menor dificultad relativa de los miembros del colectivo para acceder a los derechos que el acuerdo les reconoce (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 del CPCCN)-

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de abril de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa ADECUA c/ Banco Privado de Inversiones S.A. s/ ordinario”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja, resulta inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se la desestima. Declárase perdido el depósito de fs. 96. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (EN DISIDENCIA)– JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

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

Considerando:

1°) La Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Argentina (ADECUA) promovió una acción colectiva contra el Banco Privado de Inversiones S.A. (hoy Banco Macro S.A.) y contra las compañías de seguro con las que dicha entidad hubiera contratado, durante los diez años anteriores, seguros colectivos de vida para cubrir el saldo de deuda en caso de fallecimiento o invalidez de los tomadores de créditos bancarios. Fundó su pretensión en el carácter pretendidamente abusivo y discriminatorio (arts. 26 de la ley 20.091 y 37 de la ley 24.240) de las primas cobradas por la demandada a sus clientes en razón de los mencionados seguros de vida (fs. 27/92 vta.). Corrido traslado de la demanda y antes de contestarla, la entidad bancaria presentó una propuesta de acuerdo transaccional (fs. 238/244), la que fue aceptada por ADECUA (fs. 246). En lo que aquí interesa, se acordó que el banco ceñiría su conducta futura respecto del cobro de primas a la normativa invocada por la actora (cláusula 2.1) y que devolvería a sus clientes y ex clientes la diferencia entre las sumas efectivamente cobradas y las que resultaban de la aplicación de una fórmula convenida (cláusula 2.3).

En el acuerdo se dispuso que la devolución se instrumentaría mediante pedidos individuales que debían presentar los clientes y ex clientes (cláusula 2.8) dentro de los sesenta (60) días corridos desde la última publicación de edictos convenida (cláusula 2.11). Además, se pactó que la solución transaccional no sería oponible a aquellos clientes o ex clientes que manifestaran, dentro del mismo plazo de sesenta (60) días, su voluntad de no quedar comprendidos en los términos del acuerdo.

Al evacuar la vista conferida, el Ministerio Fiscal afirmó que la propuesta conciliatoria satisfacía los recaudos del art. 54 de la ley 24.240, en tanto dejaba a salvo la posibilidad de que los consumidores que así lo deseasen se pudieran apartar de la solución general (cláusula 2.11) y que nada tenía para objetar respecto de su homologación (fs. 257). Cumplidos los pasos previstos por la ley, el juzgado interviniente homologó el acuerdo en noviembre de 2010 (fs. 260/262).

2°) Transcurridos más de dos años desde la homologación, en marzo de 2013, el juez de primera instancia decidió convocar, de oficio, a las partes y al Ministerio Público a una audiencia "con el objeto de conocer el estado de cumplimiento de las obligaciones asumidas" en el acuerdo (fs. 267). Celebrada la audiencia, y ante el ínfimo número de clientes que reclamó la efectiva devolución de los montos, el juez decidió "adecuar la forma en que se ejecutará la restitución de los fondos prevista en el acuerdo homologado […], con la explícita finalidad de que los acreedores comprendidos puedan hacer efectivo el derecho que les fue reconocido" (fs. 294/297). En consecuencia, invocando las facultades de los arts. 511 y 558 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, modificó el acuerdo homologado en lo referido a la restitución de las sumas debidas a los clientes y ex clientes del banco, estableciendo deberes de publicidad de la resolución y de información al juzgado como asimismo una sanción pecuniaria para el caso eventual de dilación o incumplimiento. Esta decisión fue apelada por ambas partes (fs. 303 y 311), las que solicitaron su revocación en los respectivos memoriales (fs. 315/328 y 386/418).

3°) La Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial rechazó los recursos y declaró "la nulidad absoluta del acuerdo […] y de las actuaciones desarrolladas a partir de entonces". En consecuencia, ordenó que la acción entablada siguiera su curso y encomendó al juez de primera instancia que proveyera lo conducente a efectos de que se contestase la demanda. Decidió, asimismo, que ante los vicios que presentaba el acuerdo aceptado por la asociación actora, la acción no podía ser continuada por ADECUA y encomendó al Ministerio Público su impulso, con base en el art. 52 de la ley 24.240 (fs. 450/457).

Fundó su decisión, sintéticamente, en un doble orden de razones. En primer lugar, consideró que el acuerdo homologado no gozaba de la autoridad de la cosa juzgada puesto que este había transigido sobre derechos indisponibles de los consumidores. Así, entendió que el

acuerdo había vulnerado lo dispuesto por el art. 54 de la ley 24.240, en tanto se había apartado del mecanismo de restitución allí previsto, como así también del principio de reparación integral, normas a las que calificó como de orden público. En segundo lugar, estimó que no se podía "recortar" temporalmente el derecho de los consumidores de apartarse del acuerdo u oponerse a su contenido. Ello por cuanto —en su interpretación— el acuerdo había establecido un plazo de sesenta (60) días desde la última publicación de los avisos destinados a hacer conocer su contenido para que los consumidores ejercieran el derecho a ser excluidos o reclamaran el cobro de las sumas que en aquel se reconocían en su favor. Según manifestó se trata de un derecho que, "como todos los que asisten a [los consumidores o usuarios], no admite restricciones no previstas". Añadió, en esa línea, que el imponer a los afectados la carga de presentarse ante el banco suponía desmerecer las razones que justificaban la procedencia de la acción colectiva, esto es, la ausencia de incentivos para el reclamo individual.

4°) Contra dicha decisión tanto el Banco Macro S.A. como ADECUA interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 512/529 vta. y 530/550 vta., respectivamente) que fueron denegados por la cámara (fs. 556/562 vta.). Solamente la demandada interpuso recurso de queja (fs. 90/94 vta. del cuaderno correspondiente).

El recurso es formalmente admisible, en tanto la resolución impugnada fue dictada por el superior tribunal de la causa, resulta equiparable a definitiva pues priva al recurrente del derecho de propiedad basado en la cosa juzgada que invoca (Fallos: 311:651; 314:1353; 319:1885; 324:1315) y suscita, con ese alcance, cuestión federal bastante (Fallos: 312:376; entre otros).

5°) Esta Corte tiene dicho que el respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior (Fallos: 323:2648; 327:4729; 328:4801; 330:2964; 338:599; entre otros).

Por lo tanto, cualesquiera que fueran los vicios que, a juicio del *a quo*, pudieran haber afectado el acuerdo transaccional al que se arribara en autos, no pudo haberse declarado —casi tres años y medio después de su homologación— su nulidad absoluta en el marco de este

proceso pues "[...] cuando se está en presencia de una decisión jurisdiccional firme dictada por los tribunales [...] la autoridad de la cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error" (Fallos: 318:1990; 319:2527; 330:3537; entre muchos otros).

Es de destacar en este punto que la necesidad de proteger el principio de cosa juzgada no implica en modo alguno que las consecuencias de los actos jurisdiccionales afectados por vicios de suma gravedad deban necesariamente perdurar en el tiempo. El ordenamiento jurídico argentino cuenta con las herramientas adecuadas para que quien eventualmente considere que en un caso particular concurren las limitadas y excepcionales circunstancias en las que la fuerza de la cosa juzgada debe ceder, pueda cuestionarla, supeditado a que lo haga en un proceso que garantice de modo amplio el contradictorio y la defensa en juicio (Fallos: 254:320; 279:54; 323:1222; 328:2773; 335:868; entre otros).

Se advierte con nitidez entonces que la intervención de la cámara, declarando la nulidad de un acuerdo homologado por resolución firme, supone una clara vulneración de la cosa juzgada y de los derechos que de ella emanan.

6°) Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, no debe perderse de vista que el recurso involucra un acuerdo conciliatorio homologado en el marco de un proceso colectivo que tiene efectos expansivos, en tanto alcanza a los sujetos integrantes del colectivo actor que han sido representados en la negociación por la asociación demandante.

Este Tribunal ha venido señalando en reiterados precedentes que la ausencia —o parquedad— de pautas adjetivas que regulen la materia torna indispensable que los jueces extremen la exigencia de varios recaudos elementales a los fines de no desnaturalizar la finalidad del proceso colectivo ni de afectar los derechos de los miembros del colectivo que por su intermedio se intentan hacer valer. Entre tales recaudos, hizo hincapié en la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, en la idoneidad de quien pretenda asumir su representación, en garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte, como en la implementación de adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la

multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos ("Halabi", Fallos: 332:111, cons. 20; "PADEC", Fallos: 336:1236, cons. 16; entre otros).

En la presente causa está en juego otro capítulo fundamental en el ámbito de los procesos colectivos, el de los acuerdos conciliatorios, los que han generado especial atención en la práctica comparada, en razón de los diversos tipos de dificultades que pueden presentar (véase Owen M. Fiss, "Against Settlement", 93 Yale L. J. 1073 (1984); Samuel Issacharoff, "Class Action Conflicts", 30 U.C. Davis. L. Rev. 805 (1997); John Bronsteen, "Class Action Settlements: An Opt-in Proposal", 2005 U. Ill. L. Rev. 903 (2005); Howard M. Erichson, "The Problem of Settlement Class Actions", 82 Geo. Wash. L. Rev. 951 (2014); entre muchos otros).

Siguiendo los lineamientos referidos, corresponde exigir a los magistrados del Poder Judicial y a los funcionarios del Ministerio Público que evalúen cuidadosamente los acuerdos que se presenten para su homologación (art. 54, ley 24.240) de modo de evitar los efectos perniciosos que la ausencia del cumplimiento de las exigencias señaladas pueda generar en los derechos involucrados.

A tal fin, de modo previo a evaluar los términos del acuerdo, resulta esencial que el juez determine si se está en presencia de un proceso colectivo. De ser así, resulta indispensable que el juez evalúe si la composición del colectivo resulta clara y si quien se presenta como representante reúne los caracteres que garantizan que podrá ejercer correctamente la defensa de los derechos en cuestión y, por lo tanto, amerita ser considerado el representante adecuado. También es necesario que arbitre un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en los términos del convenio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera de él como la de, eventualmente, formular observaciones u objeciones.

Asimismo, debe extremarse el cuidado para evitar homologar convenios en los que los diversos aspectos propios de este tipo de procesos (tales como la notificación a los miembros del colectivo, los mecanismos para ejercer el derecho de exclusión o los derechos emergentes de la propuesta transaccional) aparezcan combinados de un modo que

genere resultados disfuncionales o que frustre la efectiva realización de los derechos que surgen de lo pactado. Finalmente, los jueces deben determinar si los términos propuestos resultan justos, adecuados y razonables. A tales efectos, deberán considerar, entre otros factores: la verosimilitud de la pretensión deducida; la complejidad jurídica del caso y su dificultad probatoria; las ventajas de obtener un remedio en lo inmediato, en comparación con el tiempo y los costos que insumiría demostrar la razón en juicio, en la hipótesis de éxito del reclamo; y la mayor o menor dificultad relativa de los miembros del colectivo para acceder a los derechos que el acuerdo les reconoce.

7°) Las razones expuestas en el considerando 5° justifican la revocación de la resolución apelada, en tanto ella supuso desconocer los derechos emanados de la cosa juzgada que cuentan con tutela constitucional. Existe, en consecuencia, relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales invocadas (art. 15, ley 48; Fallos: 317:997).

Por ello, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada, con el alcance que surge de los considerandos que anteceden. Costas por su orden en atención a la ausencia de contradictorio (art. 68, 2do párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Reintégrese el depósito de fs.96. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de queja interpuesto por el **Banco Privado de Inversiones S.A.**, representado por la **Dra. María José Pérez Van Morlegan** con el patrocinio de los **Dres. Julio César Rivera, Julio César Rivera (h) y Adrián Sallenti**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala C).**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 3**.

ASOCIACIÓN CIVIL CRUZADA CÍVICA p/ la Def. de. C. y U.S.P. c/ GPAT COMPAÑÍA FINANCIERA S.A. y Otros s/ Sumarísimo

ACCIONES COLECTIVAS

Es arbitraria la decisión que rechazó las medidas complementarias solicitadas por la actora tendientes a fortalecer la difusión del acuerdo alcanzado en el marco de una acción colectiva, por el cual la demandada debía reintegrar las primas de seguros cobradas en demasía a los clientes y exclientes, con sostén en la existencia de cosa juzgada, si ello se presenta revestido de un excesivo ritualismo y de una inadecuada valoración de aspectos relevantes del proceso, amén de que soslaya disposiciones procesales y de orden público de ineludible ponderación en el ámbito de las relaciones de consumo (art. 42, CN; y ley 24.240).

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

-La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien en principio los pronunciamientos dictados en la etapa de ejecución no configuran la sentencia definitiva requerida por el artículo 14 de la ley 48, ello admite excepciones cuando lo decidido pone fin a la cuestión discutida y causa un perjuicio de imposible reparación ulterior; ese extremo se verifica si el apelante no tiene otra posibilidad de replantear sus agravios.

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

-La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

COSA JUZGADA

La Corte puede entender en un planteo referente a la existencia de cosa juzgada, pese a su naturaleza fáctica y procesal, cuando la decisión impugnada extiende el valor formal del instituto más allá de límites razonables y omite una adecuada ponderación de aspectos relevantes del

expediente, lo cual redunda en un evidente menoscabo de la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional.

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

-La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Frente al interés general involucrado en las acciones de incidencia colectiva y a la ausencia de una norma integral que las regule, se impone un plus en la intervención de los jueces en orden a la dirección de estos litigios, que atienda al fin tuitivo que rige en la materia y posibilite el conocimiento por parte de los consumidores de los pleitos iniciados para resguardar sus intereses; ello a los efectos de tutelar a las partes más vulnerables en las relaciones de consumo, equilibrando las asimetrías que existen en los vínculos entre los agentes del mercado.

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

-La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Habiendo reconocido la accionada el derecho de los exclientes al reintegro de lo abonado en exceso y habiéndose verificado el fracaso del sistema de publicidad previsto en el acuerdo -patentizado en la presentación de sólo diecinueve solicitudes de reintegro, en un universo total cercano a los ochenta y nueve mil exclientes-la negativa de los jueces a considerar medidas complementarias dirigidas a fortalecer su difusión se revela irrazonable y consecuentemente, debe ser descalificada como acto jurisdiccional.

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

-La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La Constitución Nacional consagra expresamente el derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz y a la protección de sus intereses económicos (arts. 42, CN); y el deber de informar de los proveedores es más acentuado en las relaciones de consumo e implica proveer los datos suficientes para evitar que la otra parte incurra en error o no pueda ejercer sus derechos.

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

-La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El art. 54 de la ley 24.240, tocante a la homologación de acuerdos en acciones colectivas, dispone que la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas y, de no ser ello posible mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación, previendo además, para el caso de que no pudieran ser individualizados, que el juez fije el modo en que se instrumentará el resarcimiento, en la forma que más beneficie al grupo.

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

-La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

CONSTITUCION NACIONAL

El propósito constitucional de afianzar la justicia debe ser entendido como una virtud al servicio de la verdad sustancial, lo cual se expresa mediante pronunciamientos que conduzcan a consagrarla y al reconocimiento de los derechos que surgen de las constancias del pleito.

-La jueza Highton de Nolasco, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó el rechazo de las medidas solicitadas por la actora en la etapa de cumplimiento del acuerdo transaccional, modificó la condena en costas y las distribuyó por el orden causado (v. fs. 1873/1874 y 1951/1955 del expediente principal, al que me referiré salvo aclaración).

Entendió que la admisión de esas medidas importaría modificar el alcance de la sentencia homologatoria, lo que se encuentra prohibido por el carácter de cosa juzgada que reviste para las partes. Además, juzgó que la actora aceptó las cláusulas referentes a la devolución de las diferencias por las primas de seguros percibidas por la demandada en los contratos vencidos y al modo de publicidad del acuerdo. Agregó que intervino el ministerio público, que el juez homologó el convenio y que la circunstancia de que éste no arrojase el resultado esperado no es una causal atendible para considerar vulnerada su finalidad, puesto que al haberse satisfecho la difusión pactada, dependía de los consumidores concretar las diligencias pertinentes en defensa de sus intereses. Dejó a salvo el derecho de los clientes para reclamar las diferencias reconocidas, no obstante la expiración del plazo de noventa días convenido, en virtud de que el acuerdo no previó las consecuencias de ese vencimiento. Por último, modificó la distribución de las costas sustentada en que las particularidades del caso pudieron llevar a la apelante a peticionar como lo hizo.

Contra el pronunciamiento la actora interpuso recurso federal, que fue denegado, dando origen a esta queja (v. fs. 1963/1983, 1988/1996 y 2000/2001 y fs. 176/179 del legajo).

-II-

La apelante plantea, en suma, que el rechazo de las medidas para identificar y notificar a los consumidores que no se presentaron a reclamar las sumas de dinero reconocidas en el acuerdo menoscaba los derechos de propiedad, de defensa en juicio y de protección de los consumidores (arts. 17, 18 y 42, CN). Tacha al resolutorio de arbitrario por omitir el tratamiento de los agravios relativos a la falta de aplicación de reglas procesales y de orden público -arts. 511, CPCCN,

y 54, ley 24.240- y por incurrir en contradicción y en exceso formal al reconocer, por un lado, el derecho de los clientes al cobro de las diferencias, y al negar, por otro, las medidas necesarias para efectivizarlo. Denuncia gravedad institucional, porque la sentencia priva a 89.220 consumidores de los medios para tutelar sus derechos, al tiempo que descarta que la admisión de lo requerido pueda comprometer la cosa juzgada y que resulte factible un replanteo posterior de esta incidencia.

Acusa que la resolución omite examinar cada medida y distinguir los aspectos sustantivos y procedimentales del acuerdo, como así también ponderar que el mecanismo publicitario fue ineficaz para garantizar los derechos reconocidos. Refiere que la oposición de la accionada a proveer antecedentes sobre los consumidores vulnera el derecho a la información -arts. 42 CN y 54, ley 24.240- y que se tiene por satisfecho el acuerdo suscripto y por agotada la potestad jurisdiccional no obstante que se obstaculizó la notificación por medios alternativos. Rechaza que resulte aplicable el artículo 850 del Código Civil, con énfasis en que se trata de una demanda de incidencia colectiva regida por el principio *in dubio pro consumidor*. Postula que, de considerarse impertinentes las medidas solicitadas, sea el juez quien disponga la forma de resarcir a los exclientes de la demandada.

-III-

La demandante -Asociación Civil Cruzada Cívica para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de los Servicios Públicos-, dedujo un reclamo colectivo contra GMAC Compañía Financiera S.A. -más tarde GPAT Compañía Financiera S.A.- y cinco aseguradoras, solicitando que: 1) se ajuste a valores de mercado el precio de las primas de seguros de vida y del automotor que se exigían a los adquirentes de vehículos con financiación prendaria de GMAC; y 2) se restituya a los compradores la diferencia entre el valor de mercado de las primas de los seguros y los importes percibidos por las accionadas por esos conceptos en el marco de los contratos de prenda, con intereses (cfr. fs. 38/49 y 326).

Avanzado el trámite del expediente, la Asociación Civil Cruzada Cívica y GPAT Compañía Financiera S.A. arribaron a un acuerdo transaccional dirigido a poner fin a las actuaciones, que contó con la anuencia de las compañías aseguradoras y que fue homologado judicialmente (fs. 998/1000, 1003, 1006, 1009, 1013, 1015, 1017, 1019, 1021, 1024, 1025/1027, 1031, 1040 y 1042).

En ese marco, la financiera se obligó a devolver a los clientes que hubieran suscripto préstamos prendarios entre julio de 2004 y la fecha de homologación del acuerdo, la diferencia que existiera entre la suma percibida en concepto de prima del seguro de vida y la alícuota que resulta de la Resolución SSN 35.678/11, más intereses e IVA. En el supuesto de que los clientes acreditaran un menor costo en el mercado de los seguros para automóviles con préstamos prendarios, en relación al valor desembolsado, la financiera se comprometió a restituir la diferencia entre ambos importes, con intereses (v. cláusula II.4).

A los efectos de poner en conocimiento de los clientes el acuerdo, GPAT se obligó a publicar dos edictos por mes en el Boletín Oficial y en un diario de circulación nacional, informando sobre él, durante un período de dos meses (Cf. Cláusula II.5).

Se estableció también que los clientes favorecidos por las cláusulas reseñadas debían solicitar, dentro de los noventa días corridos contados desde la última publicación, el reintegro de la suma que correspondiera, el que se verificaría, en su caso, mediante cheque o 'transferencia bancaria, dentro del plazo de treinta días (cláusulas II.6 y II.7).

Asimismo, se pactó que el acuerdo no sería oponible a los clientes que expresaran, dentro de los sesenta días corridos desde el día de la última publicación de edictos, su voluntad de no quedar comprendidos en los términos del convenio (cfse. cláusula II.8).

En virtud de las observaciones formuladas al acuerdo por el fiscal, en orden al modo de publicidad, y por el propio juez de mérito, en orden al reintegro de las sumas cobradas en exceso, las partes reformularon las cláusulas II.6 y II.7 del pacto, las que quedaron redactadas del siguiente modo: I) la publicación se efectuaría en forma destacada y escalonada -es decir, no en días corridos y al menos un domingo-; II) la diferencia entre lo percibido en concepto de seguro de vida y la alícuota resultante de la resolución SSN 35.678/11, se restituiría en forma directa, mediante compensación, en el caso de los clientes cuyos préstamos prendarios tuvieran cuotas pendientes a la fecha en que adquiera firmeza la homologación. Esa diferencia, en cambio, se repondría a pedido del interesado en el caso de los demás clientes favorecidos por la cláusula II.4 (fs. 1003, 1006 y 1040).

El acuerdo fue homologado el 28/06/12, mientras que el juez tuvo por satisfecha la condición estipulada en orden al reembolso, el 13/07/12 (fs. 1025/1027 y 1042).

-IV-

Tras la publicación de los edictos y habiendo transcurrido el plazo pactado en la cláusula II.6, la actora solicitó a la financiera que informe sobre la marcha del acuerdo (fs. 1052/1064 y 1073).

Evacuada la solicitud (fs. 1076/1077 y 1176/1177), la actora pidió el dictado de medidas complementarias, arguyendo que contados clientes con contratos finiquitados se presentaron a reclamar sus créditos, en tanto que una amplia mayoría no lo hizo. Dijo que resultaba imposible individualizarlos en virtud de la negativa de GPAT de proporcionar la nómina correspondiente. Fundó su requerimiento en los artículos 511 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 54 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Esas medidas son, en síntesis: 1) el emplazamiento a la accionada para que suministre los datos de contacto y les notifique a los exclientes el derecho que les asiste a una reparación económica; 2) una nueva publicación de edictos -doce-; 3) la comunicación a la Subsecretaría de Defensa del Consumidor para que difunda el nuevo plazo para reclamar; y, 4) la consignación del importe remanente y el libramiento de un oficio al Registro Nacional de las Personas para que informe el domicilio actualizado de los exclientes, en el caso de que la publicación de edictos no lograra su cometido (Cf. fs. 1178/1190).

La demandada se opuso a la realización de las medidas basada en que implican la modificación del acuerdo homologado y en que ha concluido la etapa de ejecución al expirar el término de noventa días establecido en la cláusula II.6 (cfse. fs. 1805/1818).

El magistrado de primera instancia, conteste con la existencia de cosa juzgada no sólo respecto a los créditos reconocidos sino también a las modalidades de pago y difusión, decidió rechazar la solicitud. Ese pronunciamiento fue recurrido por la actora y resuelto por la cámara conforme se expuso precedentemente (fs. 1873/1874 y 1951/1955).

Incumbe consignar. que, según surge de las constancias agregadas por la accionada, todos los clientes con contratos vigentes al tiempo de la homologación del convenio recibieron el reembolso directo de sus acreencias (533); mientras que solo diecinueve clientes con contratos vencidos se presentaron a solicitar la devolución de lo pagado en exceso, respecto de un universo total que rondaría los noventa mil préstamos prendarios (fs. 1227, 1792/1793 y 1823/1857).

-V-

Si bien en principio los pronunciamientos dictados en la etapa de ejecución no configuran la sentencia definitiva requerida por el artículo 14 de la ley 48, ello admite excepciones cuando lo decidido pone fin a la cuestión discutida y causa un perjuicio de imposible reparación ulterior. Ese extremo se verifica si el apelante no tiene otra posibilidad de replantear sus agravios, tal como acontece aquí respecto al dictado de las medidas que permitan la difusión eficaz del acuerdo (Fallos: 339:84, 493, 1722, entre otros).

Por lo demás, el Tribunal ha admitido que puede conocerse en un planteo referente a la existencia de cosa juzgada, pese a su naturaleza fáctica y procesal, cuando la decisión impugnada extiende el valor formal del instituto más allá de límites razonables y omite una adecuada ponderación de aspectos relevantes del expediente, lo cual redunda en un evidente menoscabo de la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional (cf. Fallos: 326:259 y 327:2321 y S.C.C. 1318, L. XLIII; "Carutti, Myriam G. c/ Administración Nacional de Seguridad Social s/ reajustes varios", del 19/02/08, entre otros).

Ese supuesto, a mi entender, se configura en estos autos porque el rechazo de las medidas complementarias con sostén en la existencia de cosa juzgada se presenta revestido de un excesivo ritualismo y de una inadecuada valoración de aspectos relevantes del proceso, amén de que soslaya disposiciones procesales y de orden público de ineludible ponderación en el ámbito de las relaciones de consumo (art. 42, CN; y ley 24.240).

Es que, como bien observa la Sra. Fiscal, no puede preterirse aquí, por un lado, que se trata de la homologación de un convenio alcanzado en el marco de una acción colectiva, no de un reclamo individual; y por otro, que en él se ha plasmado el reconocimiento del derecho al reintegro de las primas de seguros de vida abonadas en demasía por cerca de ochenta y nueve mil exclientes, a la par que un procedimiento para la devolución de esas sumas, sobre cuya adecuada instrumentación se discute ahora (cfr. fs. 1945/1948).

En tomo a estos aspectos, se ha puntualizado que, frente al interés general involucrado en las acciones de incidencia colectiva y a la ausencia de una norma integral que las regule, se impone un plus en la intervención de los jueces en orden a la dirección de estos litigios, que atienda al fin tuitivo que rige en la materia y posibilite el conocimiento por parte de los consumidores de los pleitos iniciados para resguardar sus intereses.

Ello es así, a los efectos de tutelar a las partes más vulnerables en las relaciones de consumo, equilibrando las asimetrías que existen en los vínculos entre los agentes del mercado (v. Fallos: 324:4349 y CSJ 717/2010 (46-P) /CS1; "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ BankBoston NA s/ sumarísimo", sentencia del 14/03/17).

En el caso, ello se encuentra abonado por las directivas del artículo 54 de la ley 24.240, tocante a la homologación de acuerdos en acciones colectivas, el que dispone que la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas y, de no ser ello posible -como aquí-, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación. Prevé además, para el caso de que no pudieran ser individualizados, que el juez fijará el modo en que se instrumentará el resarcimiento, en la forma que más beneficie al grupo.

También se encuentra abonado, de manera general, por el artículo 511 del Código Procesal, el que establece que: "A pedido de parte el juez establecerá las modalidades de la ejecución o ampliará o adecuará las que contenga la sentencia, dentro de los límites de ésta."

En la causa, insisto, habiendo reconocido la accionada el derecho de los exclientes al reintegro de lo abonado en exceso y habiéndose verificado el fracaso del sistema de publicidad previsto en el acuerdo -patentizado en la presentación de sólo diecinueve solicitudes de reintegro, en un universo total cercano a los ochenta y nueve mil exclientes- la negativa de los jueces a considerar medidas complementarias dirigidas a fortalecer su difusión se revela irrazonable y. consecuentemente, debe ser descalificada como acto jurisdiccional.

Por lo demás, vale recordar que la Constitución Nacional consagra expresamente el derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz y a la protección de sus intereses económicos (arts. 42, CN); y que el deber de informar de los proveedores es más acentuado en las relaciones de consumo e implica proveer los datos suficientes para evitar que la otra parte incurra en error o no pueda ejercer sus derechos (dictamen del 28/04/15 en los autos CSJ 717/2010 (46-P) /CS1 "Prevención... " citados *supra*).

-VI-

En virtud de ello, entiendo que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso, dejar sin efecto la sentencia y restituir la causa al tribunal de origen, a sus efectos. Buenos Aires, 8 de mayo de 2017. *Irma Adriana García Netto.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Cruzada Cívica p/la Def. de. C. y U.S.P. c/ GPAT Compañía Financiera S.A. y otros s/ sumarísimo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios de la recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen que antecede, a cuyos fundamentos esta Corte se remite por razón de brevedad, con excepción del sexto párrafo del capítulo IV y del noveno párrafo del capítulo V.

Que corresponde remarcar la notable desproporción que, en la satisfacción del crédito, se comprobó entre los clientes de la demandada que mantuvieron el contrato vigente al tiempo de la homologación y los ex clientes de aquélla –quinientos treinta y tres en el primer caso y alrededor de diecinueve en el último- (fs. 1792, 1856, 1227, 1827 y 1847).

Al decidir del modo en que lo hizo, el *a quo* soslayó por completo esa circunstancia, como así también la relevante situación planteada por la compañía financiera a fs. 1793, al señalar que "los 89.239 clientes que solicitaron y obtuvieron créditos de GPAT entre el 5 de mayo de 2008 y el 18 de marzo de 2013 dejaron de abonar en concepto de prima de seguro de vida una suma igual a $ 130.029.576,03…" (cfr., asimismo, fs. 1077, 1828 y 1857).

Todo ello aportaba una significativa visión de conjunto que fue eludida por el *a quo*, quien -mediante un excesivo ritualismo- se negó a alcanzar la concreción del valor justicia y salvaguardar la garantía de defensa en juicio. No era posible renunciar a la verdad jurídica objetiva frente a los hechos recién precisados, pues el propósito constitucional de "...afianzar la justicia..." debe ser entendido como una virtud al servicio de la verdad sustancial, lo cual se expresa mediante pronunciamientos que conduzcan a consagrarla y al reconocimiento de los derechos que surgen de las constancias del pleito (cfr. doctrina de Fallos: 327:2321, entre varios otros).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, con los alcances expuestos, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario 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 pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito acreditado a fs. 180 por no corresponder. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (EN DISIDENCIA)– JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

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

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina esta queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se desestima la queja. Reintégrese el depósito de fs. 180 por no corresponder. Devuélvanse los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de Queja interpuesto por **Asociación Civil Cruzada Cívica para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de Servicios Públicos**, en calidad de parte actora, representada por el **Dr. Juan De Dios Cincunegui**, con el patrocinio letrado del **Dr. Fernando Ruiz Magadán.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala "A".**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 2, Secretaría n° 3.**

CÁCERES CARVAJAL, HÉCTOR OMAR c/ EN –M SEGURIDAD– PNA s/ Amparo ley 16.986

PREFECTURA NACIONAL MARITIMA

Corresponde dejar sin efecto la decisión de la Prefectura Naval Argentina que dispuso la licencia especial por enfermedad del actor y ordenar que previa acreditación de la aptitud laboral, según lo dicta la ley 25.404, ésta establezca la continuidad en servicio activo del actor o su pase a retiro obligatorio, toda vez que la citada ley, cuya aplicación tiene por finalidad conceder a las personas que sufren epilepsia determinados derechos para neutralizar, dentro de lo posible, la desventaja que su enfermedad discapacitante les genera y que dicha protección constituye una política pública de estado que concuerda con los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en materia de derechos humanos y de personas con discapacidad, resulta aplicable a la Prefectura Naval Argentina e integra y complementa a las normas del régimen de personal de la fuerza.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es formalmente admisible y fue mal denegado toda vez que el superior tribunal de la causa se ha pronunciado en contra de la validez de actos emanados de una autoridad nacional y, además, se cuestiona la aplicación e interpretación de normas federales -ley orgánica y régimen de personal de la Prefectura Naval Argentina- siendo la decisión adversa a los derechos que el recurrente fundó en ellas.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

A fs. 216/220 del expediente principal (al que me referiré en adelante). la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala V) hizo lugar al recurso interpuesto por

el señor Héctor Omar Cáceres Carbajal y dejó sin efecto los actos de la Prefectura Naval Argentina (PNA) que disponían la licencia especial por enfermedad del actor. Resolvió también que, previa acreditación de su aptitud laboral según lo dicta la ley 25.404 -medidas especiales de protección para las personas que padecen epilepsia- se lo restituyera a las tareas que la demandada dispusiera.

Para así decidir, la cámara entendió que los actos por los que se le otorgaba licencia por enfermedad eran inválidos porque no cumplían con el procedimiento establecido por la ley 25.404 en cuanto estipulaba que, ante controversia judicial o extrajudicial, era obligatorio requerir el dictamen de los profesionales afectados al programa sanitario del Ministerio de Salud.

Asimismo consideró que la ley 25.404 tutela a todas las personas que padecen epilepsia y les garantiza el pleno ejercicio de sus derechos, en especial el de trabajar, sea en el ámbito público o privado.

-II-

Disconforme, el Estado Nacional-Prefectura Naval Argentina interpuso el recurso extraordinario de fs. 276/282 que, rechazado (fs. 288/289), motivó la presentación de la queja.

Los agravios, en síntesis, son los siguientes: a) la cámara consintió la aplicación de una norma de derecho común (ley 25.404) por sobre normas de carácter federal (ley 18.398 orgánica de la PNA, decreto 6242/71 reglamento del personal de la PNA y RI PNA 3-043 reglamento de aptitud psicofísica del personal PNA); b) el agente actor no es un simple trabajador sino que es personal con estado policial sometido a un régimen especial; c) en el reglamento de aptitud psicofísica -arts. 07.07 y 09.02 apartado 18- se estipula que la afección o lesión neurológica, entre ellas la epilepsia, será considerada causal de rechazo en ascensos y de permanencia en el servicio y obligan al pase a situación de retiro; d) el pase a situación de retiro obligatorio no significa despido que, de acuerdo a la ley 25.404, es lo que la norma sobre medidas especiales para la epilepsia se encamina a evitar.

-III-

Adelanto que corresponde admitir la queja. Ello así, el recurso extraordinario es formalmente admisible y fue mal denegado toda vez que el superior tribunal de la causa se ha pronunciado en contra de la validez de actos emanados de una autoridad nacional y, además, se

cuestiona la aplicación e interpretación de normas federales -ley orgánica y régimen de personal de la Prefectura Naval Argentina- siendo la decisión adversa a los derechos que el recurrente fundó en ellas (art. 14 de la ley 48).

-IV-

Ante todo, cabe decir que la causa se originó con una acción de amparo iniciada por el ayudante de segunda de la PNA, señor Héctor Omar Cáceres Carbajal, a fin de que se resguarden sus derechos laborales y de "carrera militar" ante lo que entendió como un arbitrario y discriminatorio comportamiento de su empleador que lo excluyó de su puesto de trabajo al otorgarle una licencia especial por razones de salud -epilepsia, enfermedad que el actor sufre-. El fundamento de su reclamo estriba en la violación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -convenciones internacionales integradas al ámbito nacional a través del art. 75 incs. 19 y 23 de la Constitución Nacional- además de no tener en cuenta la ley 25.404 sobre medidas especiales de protección para personas que padecen epilepsia.

La sentencia de primera instancia no hizo lugar al amparo porque entendió que no se advertía una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta toda vez que la demandada le había otorgado licencia por una enfermedad reconocida por el propio actor, con la previa intervención del Escalafón Sanidad y de su médico tratante, condicionada aquélla a una nueva revisación y evaluación de su estado de salud.

Apelada la decisión, la cámara revocó el pronunciamiento y sostuvo que la omisión de cumplir con el requisito del dictamen previo del Ministerio de Salud, previsto en los arts. 8° y 9° de la ley 25.404 y su decreto reglamentario, implicaba un arbitrario e ilegítimo accionar de la PNA. Ello así, ordenó dejar sin efecto los actos por los cuales se disponía la licencia especial del actor y, previa acreditación de su aptitud laboral -art. 7° ley 25.404-, se lo restituyera a las tareas que empleador considerara apropiadas, hasta tanto se diera efectivo cumplimiento al dictamen previo estipulado en la ley mencionada.

Resulta necesario repasar lo dispuesto en la ley 25.404 y su reglamentación, decreto 53/2009. Así, el art. 1° garantiza a toda persona que padezca epilepsia el pleno ejercicio de sus derechos, proscribe todo acto que la discrimine y dispone medidas especiales de protección. Entiende por discriminación a toda invocación que expresa o implícitamente les restrinja el pleno ejercicio de su derecho a obtener o

conservar un empleo y acceder al ejercicio de un cargo público, corno también a tener el libre acceso a la educación, salud y cualquier otro servicio asistencial o promocional (art. 1° reglamento). Determina que la enfermedad no será considerada impedimento para la postulación, ingreso o desempeño laboral salvo que el médico tratante indique limitaciones o recomendaciones en el certificado de aptitud laboral (art. 2° y 7° de la ley 25.404). La reglamentación dispone: "El profesional que tuviere a su cargo el otorgamiento del certificado de aptitud laboral deberá tener en cuenta el tipo de epilepsia de las personas solicitantes, así como la naturaleza de las tareas a desarrollar o las que se encuentra desarrollando, de manera tal que su ejercicio no ponga en peligro la integridad física del interesado o la de terceros. Para la postulación, ingreso y desempeño laboral, público o privado, serán tenidas en cuenta las aptitudes consignadas en la acreditación expedida por el médico tratante" (art. 7°). La norma expresa que el desconocimiento de los derechos emergentes de ella se considerarán "acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592" en cuyo caso actuará el Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (art. 5° de la ley y de la reglamentación). Por su parte, el art. 8° de la ley especifica que: "En toda controversia judicial o extrajudicial en la cual el carácter de epiléptico fuere invocado para negar, modificar y extinguir derechos subjetivos de cualquier naturaleza, será imprescindible el dictamen de los profesionales afectados al programa a que se refiere el artículo 9° de la presente [Ministerio de Salud-autoridad de aplicación], el que no podrá ser suplido por otras medidas probatorias". Finalmente, deja sin efecto toda norma que se le oponga (art. 10 de la ley).

En atención a lo transcripto, no puede soslayarse que la ley cuya aplicación pretende el actor tiene por finalidad conceder a las personas que sufren epilepsia determinados derechos para neutralizar, dentro de lo posible, la desventaja que su enfermedad discapacitante les genera y que dicha protección constituye una política pública de estado que concuerda con los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en materia de derechos humanos y de personas con discapacidad.

Sobre tales bases, entiendo que la ley 25.404 resulta aplicable a la PNA e integra y complementa a las normas del régimen de personal de la fuerza; no las sustituye, como interpreta el organismo estatal.

Por lo tanto, como bien se pronunció la cámara, una vez que se cumpla con el dictamen previo de salud que acredite la aptitud laboral del señor Cáceres Carbajal -art. 8° de la ley 25.404- y se indiquen las limitaciones y recomendaciones que correspondieren, dispondrá

la Prefectura Naval Argentina, conforme a su régimen normativo, la continuidad en servicio activo del actor o su pase a retiro obligatorio.

-V-

Por lo expuesto, opino que corresponde admitir la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 14 de agosto de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de abril de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Cáceres Carvajal, Héctor Omar c/ EN -M Seguridad- PNA s/ amparo ley 16.986", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que los agravios del apelante encuentran adecuada respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones, corresponde remitir, en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Con costas. Exímese a la recurrente de integrar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto por la acordada 47/91. Tómese nota por Mesa de Entradas.Notifíquese, agréguese la queja a los autos principales y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por la **Prefectura Naval Argentina, demandada en autos**, representada por la **Dra. Evangelina Laura de Amaral.**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nº 4.**

GALLEGO BEORLEGUI, JUAN PABLO c/ COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE CAPITAL FEDERAL s/ EJERCICIO DE LA ABOGACÍA – LEY 23.187 – ART. 47

DEPOSITO PREVIO

El recurso por el cual se cuestiona la imposición de una sanción disciplinaria a un letrado no resulta exento del pago del depósito previo previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues la obligación que impone el citado artículo solo cede respecto de las personas que están exentas de pagar sellado o tasa judicial, según las disposiciones de las leyes nacionales respectivas, esto es, de aquellos que se encuentran comprendidos en el art. 13 de la ley 23.898 y en las normas especiales que contemplan excepciones a tales tributos, inclusión que debe ser expresa e interpretada con criterio restrictivo.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de abril de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el apelante solicita que se deje sin efecto el proveído del señor Secretario que lo intimó, por segunda vez (al no haberse invocado causal válida de exención), a efectuar el depósito previsto por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Aduce, en respaldo de su pedido, que se halla enmarcado en la excepción prevista por el art. 13, inciso b, de la ley 23.898, dado que el acto lesivo de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta que invoca exhibe el contorno del art. 43 de la Constitución Nacional y la ley 16.986, hallándose afectada y coartada la libertad, independencia y dignidad en el ejercicio de la abogacía.

Que la obligación que impone el citado art. 286 solo cede respecto de las personas que están exentas de pagar sellado o tasa judicial, según las disposiciones de las leyes nacionales respectivas, esto es, de aquellos que se encuentran comprendidos en el art. 13 de la ley 23.898 y en las normas especiales que contemplan excepciones a tales tributos, inclusión que debe ser expresa e interpretada con criterio restrictivo (conf. Fallos: 317:159 y 381; 319:161 y 299, entre otros). Tal circunstancia, a diferencia de lo expuesto por el recurrente, no se verifica en el caso de autos.

En efecto, a través del recurso en examen se cuestiona la imposición de una sanción disciplinaria al letrado interviniente, por lo que la pretensión esgrimida resulta inadmisible (Fallos: 283:94, 325:1841 y 2750; 328:3949, y CAF 20875/2017/1/RH1 "Hernández, Leandro Martín c/ Colegio Público de Abogados de Capital Federal s/ ejercicio de la abogacía – ley 23.187 – art. 47", sentencia del 13 de noviembre de 2018, entre otros). Ello, sin perjuicio de tener a su alcance la vía prevista en los arts. 78 y sgtes. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por lo expuesto, se rechaza el planteo y se reitera la intimación a acreditar el depósito, la que deberá cumplirse en el término de cinco días, bajo apercibimiento de desestimar la queja sin más trámite. Notifíquese.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de revocatoria interpuesto por el **Dr. Juan Pablo Gallego, letrado en causa propia.**

MAYO

GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/ ESTADO NACIONAL (PODER EJECUTIVO NACIONAL) S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

FEDERALISMO

Al ser el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO

La asignación de competencias en el sistema federal no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; por lo cual no debe verse un enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

CONSTITUCION NACIONAL

La Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo; no habría Nación si cada provincia se condujera como una potencia independiente; pero tampoco la habría si fuese la Nación quien socavara las competencias locales (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO DE CONCERTACION

El sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse el abuso de las competencias de

un Estado en detrimento de los otros; de esta manera, el ideario federal en el que descansa nuestro sistema de gobierno parte de la base de que el Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios coordinan sus facultades para ayudarse y nunca para destruirse (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO DE CONCERTACION

El principio rector del federalismo argentino implica asumir una conducta federal leal que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO DE CONCERTACION

El armónico desenvolvimiento del sistema federal de gobierno depende de la buena fe, de la coordinación y de la concertación recíproca entre los distintos estamentos de gobierno (Nación, Provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), pues esos principios constituyen el modo razonable para conjugar los diferentes intereses en juego y encauzarlos hacia la satisfacción del bien común (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO

A la luz del imperativo constitucional del federalismo, los tribunales, y particularmente la Corte, son los encargados de velar por que las atribuciones asignadas a cada autoridad no sean entendidas de manera tan extensa que se vacíe el carácter federativo de la Constitución (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO

El sistema federal argentino se compone con sujetos jurídicos necesarios o inexorables, mencionados explícitamente en la Constitución, como los son el Estado Nacional, las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y un sujeto jurídico posible o eventual como es el caso de la región (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO

A partir de la reforma constitucional del año 1994, la Ciudad de Buenos Aires adquirió el status constitucional que se expresó en el nuevo artículo 129 CN y los constituyentes reformadores introdujeron a ésta como un actor pleno del sistema federal, modificando radicalmente por esa vía la histórica premisa según la cual la unión nacional requería suspender la participación porteña en el diálogo federal en virtud de su elección como capital federal (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

La Ciudad de Buenos Aires es ciudad, por sus características demográficas; es ciudad constitucional, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

La vigencia del artículo 129 de la Constitución Nacional imposibilita que la Ciudad de Buenos Aires reciba el mismo trato que antes de la reforma de 1994, es decir como un territorio federalizado, propio de una época en la que esta carecía de autonomía, en tanto el Congreso de la Nación actuaba como su legislador exclusivo (ex art. 67 inc. 27), el Presidente de la Nación como su jefe inmediato y local (ex art. 86 inc. 3) y la justicia nacional como justicia local (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

La reforma de 1994 entendió que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía ser considerada prioritariamente como ciudad constitucional y solo subsidiaria y excepcionalmente, en cuanto se comprometieran los intereses federales, como territorio sujeto a normas y jurisdicción de ese tipo; así la “capitalidad” -y por extensión la federalización- de la citada ciudad es la excepción; la regla es la prevalencia del ejercicio regular de sus competencias locales (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires integra de modo directo la federación argentina, surgiendo sus competencias no por la intermediación de los poderes nacionales -como antes de la reforma constitucional de 1994-, sino del propio texto de la Constitución Nacional (art. 129) y de las normas dictadas en su consecuencia (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

En el particular marco de análisis que marca la Constitución para definir la competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe señalar que de los límites que impone la capitalidad no surge ningún obstáculo para que esta decida sobre la modalidad presencial o virtual en que corresponda llevar a cabo la educación en su territorio (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

EDUCACION

La competencia que se disputan distintas autoridades del Estado para, en definitiva, regular la modalidad de la enseñanza en medio de una de las mayores crisis sanitarias de las que se tenga registro se corresponde con el derecho constitucional a acceder a la educación de los habitantes de la Ciudad (art. 14 de la Constitución Nacional; art. XII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 10 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

EDUCACION

En nuestro sistema federal la educación, dependiendo en qué aspecto y en qué modo, puede ser regulada por el Estado Nacional como por las provincias, ya que el primero delinea la ‘base de la educación´ -expresión del artículo 75 inc. 19 de la Constitución Nacional- las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la educación primaria de acuerdo al art. 5 (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

EDUCACION

La Convención Constituyente de 1994, al incluir la potestad del Congreso Federal para sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, persiguió un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina y a la vez asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

EDUCACION

Corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -al igual que a las provincias- la atribución para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes en consonancia con el respecto de la autonomía porteña y del poder reservado en el art. 5 de la Constitución Nacional (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

La Convención Constituyente de 1994 introdujo a la educación entre las atribuciones de la policía del bienestar de las provincias, y expresamente incorporó como sujeto activo- y en igualdad de condiciones que las provincias- a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

En atención al mandato de autonomía plena que la Convención Constituyente de 1994 plasmó en el artículo 129 de la Constitución Nacional, las atribuciones legislativas sanitarias le corresponden a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de ciudad constitucional federada (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

ESTADO NACIONAL

A la par de la existencia de las competencias legislativas locales en materia de salud —y sin perjuicio de ellas— la jurisprudencia de la Corte también le reconoció al Estado Nacional atribuciones concurrentes para regular ciertas cuestiones de la salud en tanto atañen a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias (anterior art. 67 inc. 16, actual art. 75 inc. 18), mandato que luego de la reforma de 1994 fue complementado por la atribución para proveer lo conducente al desarrollo humano (art. 75 inc. 19) (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO DE CONCERTACION

Tanto la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para definir la modalidad educativa como la atribución federal para atender a una emergencia sanitaria deben entenderse en el marco del federalismo que ordena la Constitución Nacional (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO

La distribución de competencias en un Estado federal como el nuestro, y la complejidad de aspectos que pueden converger en una misma realidad, exigen que el preciso deslinde de competencias se haga atendiendo cuidadosamente a las circunstancias de cada caso (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FACULTADES CONCURRENTES

Los actos de las legislaturas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos explícitos, un poder exclusivo, o en los supuestos en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o bien cuando existe una absoluta y directa incompatibilidad o repugnancia efectiva en el ejercicio de facultades concurrentes por estas últimas (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO

La interrelación entre las atribuciones del Estado Federal, las provincias y La Ciudad Autónoma de Buenos Aires -interpretadas de buena fe- no debe plantear ningún tipo de conflicto normativo; el propio texto constitucional se encarga de brindar la respuesta para lograr que las competencias de cada esfera de gobierno se desarrollen con plenitud en la vida institucional de la Federación, sin anularse ni excluirse (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO

Todo análisis de las atribuciones federales debe partir del canónico principio de interpretación según el cual la determinación de qué poderes se han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta, en tanto los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, en tanto que los correspondientes a la Nación son delegados y definidos (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO

El carácter restrictivo con que deben analizarse las potestades que se pusieron en cabeza de la Nación surge de la preocupación de que los postulados básicos del federalismo constitucional pierdan realidad, extremo que podría configurarse no solo por invalidar cualquier norma provincial que apenas se aparte un ápice de la regulación concurrente de la Nación sino, por permitir que el Estado Federal regule sobre todo aspecto que de alguna forma vaga e injustificada se relacione con las competencias que la Constitución le asigna (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO

Si bien las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires guardan subordinación con el Estado federal en ciertos ámbitos, esa subordinación se verifica en los estrictos términos jurídicos de la Constitución Nacional; no se trata, por tanto, de una subordinación indeterminada, sino limitada por el mismo texto de la Norma Fundamental argentina (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

CONSTITUCION NACIONAL

Los arts. 5 y 31 de la Constitución Nacional pueden resultar violados tanto cuando el desborde competencial provenga del ejercicio de la autoridad local como cuando provenga del ejercicio de la autoridad nacional (inconstitucionalidad ascendente o descendente) (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

CONSTITUCION NACIONAL

La prevalencia del derecho federal consagrada por los artículos 5 y 31 de la Constitución Nacional se encuentra condicionada a que el ejercicio de la potestad normativa nacional haya sido encausado dentro de las pautas formales y sustanciales exigidas constitucionalmente, entre ellas el reparto de competencias estatuido por la misma Norma Suprema (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

NORMAS FEDERALES

Las normas adoptadas por las autoridades nacionales no solo no deben contradecir a la Constitución ni a los tratados internacionales sino tampoco invadir el ámbito competencial de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en caso de que esta contradicción ocurra, al verificarse el ejercicio de una atribución a extramuros de la Constitución Nacional, no podría válidamente concluirse la prevalencia de la norma federal en los términos de los arts. 5 y 31 de Norma Fundamental (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

NORMAS FEDERALES

Toda norma nacional impugnada deberá someterse a un previo examen sobre su debida justificación competencial y así, el objeto del acto normativo en cuestión tiene que evidenciar su necesaria vinculación con la competencia constitucional en razón de la materia que pretendió ejercerse en él, pues de otro modo quedaría desvirtuado el cumplimiento de ese imprescindible recaudo de validez que, más allá de los criterios utilizados para determinar su alcance, debe ser siempre una atribución normativa y previa a su accionar (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

SALUD PUBLICA

El reconocimiento de las atribuciones regulatorias sanitarias de la Nación no significa que alcance con la mera invocación de la salud para sellar la validez de su pretendido ejercicio; en efecto, en un sistema como el de nuestra Constitución Nacional, para que una norma federal constituya el válido ejercicio de una atribución propia del Estado Nacional debe contar con una debida justificación que lo respalde en relación a las medidas concretas adoptadas con ese objetivo (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

EDUCACION

Las alegaciones ensayadas por el Estado Nacional sobre la cantidad de personas que utilizaron el transporte público de manera coincidente con el inicio de las clases presenciales, la circulación masiva de personas entre el Gran Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires, o el aumento de la proporción de casos de COVID-19 en personas de trece a dieciocho años y de veinte a veintinueve años, sin mayores explicaciones sobre la particular incidencia relativa de la educación presencial en la propagación del COVID-19, no alcanza para justificar el ejercicio de una competencia sanitaria federal – suspensión de clases educativas presenciales - que incide de manera tan drástica en la modalidad de la enseñanza porteña (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

EDUCACION

En el examen de legalidad del art. 10 in fine del DNU 235/2021, a partir de su modificación por el art. 2° del DNU 241/2021, la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la Ciudad de Buenos Aires deja al descubierto que el Estado Federal, en lugar de ejercer una atribución propia, invadió una que le resulta ajena; conclusión que no se desvirtúa por la conformación territorial del Área Metropolitana de Buenos Aires formulada en el decreto 125/2021 ni por la doctrina de los actos propios (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO

La conformación territorial del Área Metropolitana de Buenos Aires -AMBA- formulada por el decreto 125/2021, más allá de su pertinencia estratégica, no tiene la virtualidad de alterar las potestades constitucionales reconocidas a los diversos componentes del Estado Federal que formen parte de tales áreas (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

SISTEMA FEDERAL

La disposición contenida en el art. 3 del decreto 125/2021 no tiene la virtualidad necesaria para otorgar al "AMBA" el trato de región como sujeto constitucional del sistema federal argentino (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

EMERGENCIA SANITARIA

La previsión del "AMBA" como un área susceptible de adopción de políticas específicas en materia epidemiológica por el Estado Nacional a través del art. 3 del DNU 125/2021 no puede ser entendido como la constitución de una región en los términos del art. 124 de la Constitución Nacional, ni puede implicar una alteración de las potestades provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; ello sin perjuicio de las facultades reconocidas al Congreso Nacional para promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, en los términos del art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, con el debido respeto de las atribuciones de la Ciudad de Buenos Aires y las provincias involucradas (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO DE CONCERTACION

En un federalismo de concertación, y a la luz de los principios de buena fe y lealtad federal resulta inexorable que toda conformación regional para el ejercicio de competencias exclusivas de las jurisdicciones locales (o concurrentes de estas con el gobierno nacional) debe contar con la participación de las partes involucradas (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FEDERALISMO

Los principios de buena fe y lealtad federal que, en la arquitectura constitucional argentina, subyacen tras la coordinación y concertación entre los distintos estamentos de gobierno (Nación, provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), exigen concluir que el no cuestionamiento ante la Corte de otras normas adoptadas por el Estado Nacional en el marco de la pandemia COVID-19, no puede ser entendido de tal manera que implique derivar el consentimiento de la Ciudad de Buenos Aires de la disposición cuya invalidez constitucional se ha planteado en los presentes, o la renuncia por parte de ésta a atribuciones que, en cuanto reconocidas a ella en virtud de su status constitucional, resultan irrenunciables (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

EMERGENCIA SANITARIA

El último párrafo del art. 10 del DNU 235/2021, a partir de la modificación dispuesta por el art. 2° del DNU 241/2021, no constituye el ejercicio de potestades constitucionales que le competen a las autoridades federales, sino que vulnera atribuciones y potestades propias de la autonomía política reconocida por la Constitución Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo cual torna innecesario ponderar la validez constitucional del instrumento jurídico en que se ha plasmado la norma (es decir, su carácter de decreto de necesidad y urgencia) (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

SISTEMA FEDERAL

Como guardián último de las garantías constitucionales, máximo intérprete de la Constitución y cabeza de un departamento del Estado, la Corte se encuentra obligada a velar porque se respete el sistema institucional de división de poderes que establece la Constitución (art. 1), tanto en su aspecto material en el marco del sistema republicano de gobierno (ramas legislativa, ejecutiva y judicial), como en su dimensión territorial propio del sistema federal argentino (en el que se articulan de manera coordinada las potestades del Estado Nacional, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios) (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

El hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo haya superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU -241/2021-impugnado, no resulta óbice para que la Corte emita su pronunciamiento, pues sus poderes se mantienen incólumes para conocer del asunto cuando el desenvolvimiento ordinario de los acontecimientos pudiera sustraer a las cuestiones planteadas de la revisión dela Corte, frustrándose así su rol de garante supremo de la Constitución Nacional (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

Dado que circunstancias como las examinadas en la causa – impugnación del DNU 241/2021 por parte de la Ciudad de Buenos Aires- pueden prorrogarse o repetirse en el futuro, la Corte entiende que su pronunciamiento no solo no se ha vuelto inoficioso sino que debe orientar, desde lo jurídico -no desde lo sanitario- decisiones futuras, en tanto no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires cuenta con legitimación activa para defender la esfera de sus atribuciones constitucionales contra actos del Estado Nacional que considera lesivos de su autonomía política en tanto, en la medida que se pretende la delimitación de las órbitas de competencia entre la autoridad federal y la local, y se sostiene que esta última ha sido afectada por los actos impugnados, se está frente a una causa o controversia en los términos de la Constitución (Voto del juez Rosenkrantz).

EMERGENCIA SANITARIA

La existencia de una situación de emergencia sanitaria habilita la adopción de remedios que en condiciones de normalidad podrían no ser válidos, pero no es una franquicia para ignorar el derecho vigente; la emergencia está sujeta al derecho en este país, en tanto también es una situación jurídicamente regulada y ella no implica en modo alguno que

cualquier medida que pudiera representarse como eficaz para atender la situación sea, por esa sola razón, constitucionalmente admisible (Voto del juez Rosenkrantz).

EMERGENCIA SANITARIA

Los poderes de emergencia nacen exclusivamente de la Constitución, la que los conforma y delimita, por lo que todo avance más allá de ese marco conceptual desborda la legitimidad, tornándose en arbitrariedad y exceso de poder (Voto del juez Rosenkrantz).

EMERGENCIA SANITARIA

En virtud de que la emergencia no nos libera del poder regulativo del derecho, las autoridades deben encarar la responsabilidad de atender los problemas que ella plantea dentro de los límites formales y sustanciales que les impone la Constitución (Voto del juez Rosenkrantz).

EMERGENCIA SANITARIA

La invocación de la emergencia no puede justificar el desconocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias legislativas entre la Nación y las provincias; la necesidad de enfrentar circunstancias de esa naturaleza solamente explica que las atribuciones que la Constitución Nacional distribuye entre cada una de ellas sean excepcionalmente ejercidas de un modo más intenso, sin alterar la sustancia de los derechos reglamentados (Voto del juez Rosenkrantz).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

En relación a la Ciudad de Buenos Aires, desde la reforma constitucional de 1994 y luego de que se organizara el gobierno autónomo, el gobierno nacional ha perdido las atribuciones que tenía como gobierno local de la Capital: el Congreso para ejercer una legislación exclusiva y el presidente para ejercer como jefe local (cfr. arts. 67, inc. 27 y 86, inc. 3° de la Constitución 1853-1860 y art. 129 de la Constitución y cláusula transitoria decimoquinta de la Constitución reformada en 1994) (Voto del juez Rosenkrantz).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

Las facultades de gobierno nacional sobre la Ciudad de Buenos Aires no pueden ser reasumidas por el Presidente o por el Congreso, ni siquiera de manera transitoria, lo cual queda demostrado por la inclusión de la Ciudad en los arts. 75, inc. 31 de la Constitución, 99, inc. 20, que solo admiten este tipo de injerencias en la Ciudad de Buenos Aires si el Congreso dispone a la intervención federal o aprueba la intervención decretada por el Presidente durante su receso (Voto del juez Rosenkrantz).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

El federalismo argentino, desde 1994, tiene un nuevo estado participante bajo la forma de una ciudad constitucional federada que ejerce su autonomía política de manera coordinada con el resto de las unidades que integran la federación y la Nación (art. 129 de la Constitución) (Voto del juez Rosenkrantz).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

La Ciudad de Buenos Aires cuenta con todas las facultades propias de legislación interna similares a las que gozan las provincias argentinas (con la exclusiva salvedad de las atribuciones que la ley 24.588 reconoce al gobierno nacional para garantizar los intereses del estado nacional en la Ciudad); en particular, conserva su poder de policía sobre las cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones educativas (Voto del juez Rosenkrantz).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

El ejercicio del poder de policía en esa materia de salud y salubridad pública es una atribución propia de las provincias conforme a los arts. 121 y 122 de la Constitución Nacional según los cuales las provincias conservan todo el poder no delegado y se dan sus propia instituciones sin intervención del gobierno federal (Voto del juez Rosenkrantz).

EDUCACION

En materia de educación la Constitución Nacional exige a las provincias asegurar la educación primaria, como uno de los presupuestos de la garantía federal del goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5), y les otorga atribuciones para promover la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura (art. 125); previsiones que son extensibles a la Ciudad de Buenos Aires, en virtud del régimen de autonomía del artículo 129 de la Constitución Nacional (Voto del juez Rosenkrantz).

EDUCACION

El Estado Nacional tiene potestades para dictar planes de instrucción general y universitaria (artículo 75, inciso 18 de la Constitución Nacional) y sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales (art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional) (Voto del juez Rosenkrantz).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

La decisión de si la escolaridad debe realizarse bajo la modalidad presencial o virtual en los establecimientos de educación inicial, primaria y secundaria dependientes de la Ciudad de Buenos Aires o regulados por ella corresponde, en principio, a ese estado y no a la Nación (Voto del juez Rosenkrantz).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

La decisión de suspender las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires adoptada por el Estado Nacional -aun a la luz de la declaración de emergencia- solamente podría validarse constitucionalmente si encontrase respaldo en la facultad exclusiva del Congreso para reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13 de la Constitución) o en las facultades concurrentes del Congreso, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires para promover el bienestar de todas las provincias (art. 75, inc. 18 de la Constitución) (Voto del juez Rosenkrantz).

EMERGENCIA SANITARIA

Resulta inaceptable que la pretensión de limitar la competencia de la Ciudad de Buenos Aires y de las provincias por parte del Estado Nacional -DNU 241/2021- se funde en consideraciones meramente conjeturales conectadas a la presunta eficacia para la realización de otros objetivos que el Estado Nacional pueda considerar como socialmente valiosos (Voto del juez Rosenkrantz).

CONSTITUCION NACIONAL

La Nación, mediante una sanción normativa, no puede transformar en interjurisdiccional lo que, fáctica y jurídicamente, no lo es; para que una actividad sea interjurisdiccional y, por lo tanto, admita la regulación nacional, es preciso que tenga un alcance, en sí misma o por sus efectos, que exceda los límites de la provincia de que se trate o de la Ciudad de Buenos Aires (Voto del juez Rosenkrantz).

EMERGENCIA SANITARIA

Toda vez que en el caso está en juego la obligación de las unidades federadas de garantizar la educación dentro de sus límites territoriales, la determinación por parte del Estado Nacional de que una actividad reviste carácter interjurisdiccional no puede presentarse como un hecho meramente conjetural, incluso en una situación de emergencia (Voto del juez Rosenkrantz).

EDUCACION

La suspensión de las clases presenciales en el sistema educativo de la Ciudad de Buenos Aires -dispuesta por el DNU 241/2021- como medio para alcanzar la meta de una menor circulación de personas entre esa jurisdicción y la Provincia de Buenos Aires, que el gobierno nacional cita como fundamento de sus decisiones, no satisface las exigencias de justificación que exige la Constitución (Voto del juez Rosenkrantz).

EMERGENCIA SANITARIA

Si bien la pandemia excede todo límite interprovincial y, para el caso, toda frontera nacional, ello no basta para justificar constitucionalmente la adopción de medidas como las dispuestas por el DNU 241/2021, pues si se supusiera que el alcance transnacional de la pandemia determina por sí mismo el carácter interjurisdiccional de cualquier regulación vinculada con ella, ello implicaría el desplazamiento total y absoluto de las autoridades locales en cualquier situación o aspecto de la realidad que guardase un mínimo de conexión con aquel grave problema (Voto del juez Rosenkrantz).

EMERGENCIA SANITARIA

No basta el carácter transnacional de la situación sanitaria - pandemia - que se intenta paliar para dar por acreditada una suerte de interjurisdiccionalidad per se respecto de cualquier medida que se adopte con la finalidad de combatirla (Voto del juez Rosenkrantz).

EMERGENCIA SANITARIA

Toda vez que el Estado Nacional en la fundamentación del decreto impugnado -241/2021- hace referencias al transporte de pasajeros dentro del territorio denominado AMBA pero lo hace de modo global, sin discriminar el transporte interno de cada jurisdicción y el transporte que pasa de una a otra, ello resulta insuficiente para determinar en qué medida este último -del cual depende, entre otras cosas, la existencia de interjurisdiccionalidad- se habría incrementado como consecuencia del comienzo de las clases presenciales dentro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Voto del juez Rosenkrantz).

EMERGENCIA SANITARIA

La delimitación de un territorio como el Área Metropolitana Buenos Aires (AMBA) por parte de la Nación no basta para sujetarlo a la jurisdicción federal (Voto del juez Rosenkrantz).

SALUD PUBLICA

Si bien no caben dudas de que el Estado Nacional posee potestades concurrentes en materia sanitaria, que hallan cabida en el art. 75 inc. 18 de la Constitución, estas no son exclusivas, ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación, sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes que también se proyectan sobre entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito (Voto del juez Rosenkrantz).

SALUD PUBLICA

El hecho de que exista una norma nacional que regula determinada materia sanitaria no implica que, por su sola condición de norma nacional, deba siempre prevalecer y desplazar la posibilidad del ejercicio de potestades locales sobre el mismo asunto (Voto del juez Rosenkrantz).

NORMAS FEDERALES

El principio establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional no significa que todas las leyes dictadas por el Congreso tengan el carácter de supremas, cualesquiera sean las disposiciones en contrario de las leyes provinciales: lo serán si han sido sancionadas en consecuencia de los poderes que la Constitución ha conferido al Congreso expresa o implícitamente (Voto del juez Rosenkrantz).

EMERGENCIA SANITARIA

Toda vez que lo que se encuentra en juego es la organización y funcionamiento del sistema educativo a nivel local, no basta la mera invocación del bienestar general para sustentar una norma nacional como el DNU 241/2021, pues para poder justificar la medida que pretende adoptar el Estado Nacional, este debía explicar por qué otra razón la continuidad de la modalidad de clases presenciales en el ámbito de la ciudad afecta el bienestar general de todas las provincias (Voto del juez Rosenkrantz).

FACULTADES CONCURRENTES

El concepto de facultades o atribuciones concurrentes alude a una regla de distribución que otorga al Congreso competencia para tomar decisiones concernientes a los intereses del país como un todo y a las provincias para dictar leyes con imperio exclusivamente dentro de su territorio y de esta manera, el ejercicio de las facultades concurrentes, manteniéndose en sus propias esferas jurisdiccionales, permite la coexistencia legislativa (Voto del juez Rosenkrantz).

FACULTADES NO DELEGADAS

El gobierno de la Nación no puede impedir o estorbar a las provincias el ejercicio de aquellos poderes de gobierno que no han delegado o reservado, porque por esa vía podría llegarse a anularlos por completo (Voto del juez Rosenkrantz).

FACULTADES NO DELEGADAS

No resulta aplicable la doctrina de los actos propios invocada por el Estado nacional frente al planteo de inconstitucionalidad del DNU 241/2021 deducido por la Ciudad de Buenos Aires, pues no cabe suponer que las provincias o la Ciudad de Buenos Aires hayan renunciado a facultad alguna, renuncia que por otra parte no podría alcanzar a facultades constitucionales indelegables (Voto del juez Rosenkrantz).

EMERGENCIA SANITARIA

La decisión adoptada por el Poder Ejecutivo de la Nación en el art. 10, último párrafo, del decreto 235/2021, de disponer la suspensión de las clases en la Ciudad de Buenos Aires de manera unilateral y directa configura una intromisión, durante ese período, en las facultades que corresponden al gobierno autónomo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dirigir el funcionamiento de su sistema escolar y resulta, por ello, contrario a la Constitución Nacional (Voto del juez Rosenkrantz).

CONSTITUCION NACIONAL

La obligación de respetar y acatar el proyecto de república democrática que establece la Constitución Nacional abarca a todas las autoridades de la Nación, sin distinciones; este sistema institucional, tal como ha sido organizado en la Constitución, se realiza tanto en el nivel nacional como así también en el provincial y municipal, y se asienta no solamente en el carácter electivo de las autoridades ejecutivas y legislativas, sino, particularmente en su deber de responder ante la ciudadanía (Voto del juez Rosenkrantz).

FEDERALISMO

Si se usurparan las funciones que corresponden a los gobiernos locales sin duda se subvertiría el carácter representativo del sistema, pues se disociaría a los gobiernos locales de las políticas que rigen en sus respectivos territorios, liberándolos de la responsabilidad que les cabe por ellas (Voto del juez Rosenkrantz).

CONSTITUCION NACIONAL

La Constitución es nuestra carta de navegación y debemos aferrarnos a ella en tiempos de calma y más aún en tiempos de tormenta, no dejándonos llevar por la pulsión de decidir al margen de lo que ella exige; así la democracia saldrá fortalecida por su eficacia para gobernar la emergencia y no debilitada por el uso de un régimen de excepción ajeno a nuestra Constitución (Voto del juez Rosenkrantz).

EMERGENCIA SANITARIA

Lo expresado por la Corte en relación al modo en que deben articularse las competencias de la Nación y del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para decidir sobre la razonabilidad de mantener o suspender las clases presenciales en el territorio de la ciudad, no debe ser interpretado como abriendo juicio sobre cuál de las dos políticas es la más adecuada en cada jurisdicción para armonizar en la crisis los distintos bienes jurídicos involucrados (salud, educación, libertad de circulación, entre otros), cuestión que —naturalmente— resulta ajena a la órbita del Poder Judicial (Voto del juez Rosenkrantz).

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

Lo expresado por la Corte en orden a resolver la cuestión de qué autoridad resulta competente para adoptar medidas sanitarias con efectos circunscriptos al interior del sistema educativo de cada jurisdicción no pone en duda las potestades del gobierno nacional para tomar medidas de alcance general y uniforme con la finalidad de combatir la pandemia, sino que se limita a resguardar la delimitación de competencias que constituyen la base de la organización institucional del país (Voto del juez Rosenkrantz).

PODER JUDICIAL

El Poder Judicial debe proteger los derechos humanos para que no sean avasallados (Voto del juez Lorenzetti).

DERECHOS HUMANOS

Todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que la Corte debe proteger (Voto del juez Lorenzetti).

ESTADO NACIONAL

El Estado no puede sustituir a las personas en las decisiones correspondientes a su esfera individual (Voto del juez Lorenzetti).

DERECHOS FUNDAMENTALES

La tutela de los derechos fundamentales debe ser efectiva y la consiguiente limitación solo puede ser excepcional (Voto del juez Lorenzetti).

FACULTADES DEL PODER JUDICIAL

Los jueces deben evitar interpretaciones que presenten como legítimas aquellas conductas que cumplen con la ley de modo aparente o parcial, causando el perjuicio que la norma quiere evitar (Voto del juez Lorenzetti).

GRAVEDAD INSTITUCIONAL

La verdadera misión que tiene la Corte en casos de relevancia institucional, no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que permita apaciguar los conflictos, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla (Voto del juez Lorenzetti).

ESTADO DE DERECHO

Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho (Voto del juez Lorenzetti).

EDUCACION

El bloque de constitucionalidad establece un derecho humano a la educación que debe ser satisfecho en la mayor medida posible porque es el que define las oportunidades de desarrollo de una persona (Voto del juez Lorenzetti).

EDUCACION

El derecho a la educación se encuentra reconocido en la Constitución Nacional, en las Constituciones Provinciales y en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como en distintos tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional según lo previsto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (Voto del juez Lorenzetti).

EDUCACION

Es deber de los tribunales garantizar la implementación efectiva del derecho a la educación constitucionalmente reconocido (Voto del juez Lorenzetti).

DERECHO A LA SALUD

La Constitución reconoce el derecho a la salud y a la vida, respecto de los cuales los demás derechos individuales resultan instrumentales, porque es evidente que no hay educación sin vida humana (Voto del juez Lorenzetti).

DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema) (Voto del juez Lorenzetti).

DERECHO A LA SALUD

La tutela del derecho a la salud es una manda consagrada por la Constitución Nacional, y contemplada en las Constituciones provinciales (arts. 5° y 121), y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema) (Voto del juez Lorenzetti).

DERECHO A LA SALUD

En nuestro país el derecho a la salud, en tanto presupuesto de una vida que debe ser protegida, es pasible del más alto grado de protección a nivel constitucional (Voto del juez Lorenzetti).

DERECHO A LA SALUD

Es deber impostergable de la autoridad pública garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales (Voto del juez Lorenzetti).

EMERGENCIA SANITARIA

El ejercicio de los derechos puede ser restringido parcialmente y durante un tiempo limitado cuando es una medida razonable y proporcional en una situación de una emergencia justificada (Voto del juez Lorenzetti).

EMERGENCIA SANITARIA

Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos (Voto del juez Lorenzetti).

RAZONABILIDAD

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 (Voto del juez Lorenzetti).

EDUCACION

El Estado no tiene facultades para limitar el derecho de una persona para ejercer su derecho a la educación, excepto cuando pueda constituirse en una causa de daños a terceros (art. 19 Constitución Nacional), siempre que no signifique una afectación esencial del derecho (Voto del juez Lorenzetti).

ALTERUM NON LAEDERE

El principio general de no dañar a otro ("alterum non laedere"), ampliamente reconocido por la Corte tiene plena vigencia en el derecho argentino (art. 1710 Código Civil y Comercial de la Nación) y es de aplicación en el supuesto del COVID 19, en tanto el contacto entre personas puede lograr una transmisión masiva, lo que justificó la medida de cerrar total o parcialmente escuelas en numerosos países en distintas regiones del mundo (Voto del juez Lorenzetti).

EMERGENCIA SANITARIA

La situación de excepción, que habilita la restricción, no puede producir, sin embargo, una afectación esencial del derecho y ello ocurre cuando la medida es reiterada en el tiempo o implica una profundización irrazonable de las restricciones que impidan el acceso a la educación de calidad (Voto del juez Lorenzetti).

DERECHOS FUNDAMENTALES

Quien pretenda restringir un derecho, tiene la obligación de buscar primero los modos alternativos que puedan existir para evitar esa restricción pues, constituye una regla esencial del sistema, que cualquier limitación a los derechos fundamentales debe ponderar el criterio de la menor restricción posible a través del medio más idóneo disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida (arg. art. 1713 Código Civil y Comercial de la Nación) (Voto del juez Lorenzetti).

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Voto del juez Lorenzetti).

PROVINCIAS

El poder de las provincias es originario, lo que importa una interpretación favorable a la competencia autónoma y restrictiva de sus limitaciones (Voto del juez Lorenzetti).

PROVINCIAS

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) (Voto del juez Lorenzetti).

PROVINCIAS

Las provincias pueden dictar las leyes y estatutos que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las prohibiciones enumeradas en el art. 126 de la Carta Magna, y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Voto del juez Lorenzetti).

SISTEMA FEDERAL

Las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal, que admite poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país (Voto del juez Lorenzetti).

SISTEMA FEDERAL

El sistema federal reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que deben ser ejercidos de manera coordinada (Voto del juez Lorenzetti).

SALUD PUBLICA

En materia sanitaria las competencias son concurrentes entre la Nación y las provincias (Voto del juez Lorenzetti).

FACULTADES CONCURRENTES

Las facultades concurrentes deben ser interpretadas de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse (Voto del juez Lorenzetti).

EDUCACION

En materia de educación, las competencias son concurrentes entre la Nación y las provincias, conforme surge del art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional y de la Ley Nacional de Educación (ley 26.206) (Voto del juez Lorenzetti).

EDUCACION

En materia de educación, cuando no hay acuerdo, es competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las provincias adoptar ese tipo de decisiones específicas (Voto del juez Lorenzetti).

EDUCACION

El Estado Nacional delinea la base de la educación, pero debe respetar las particularidades provinciales y locales (Voto del juez Lorenzetti).

EDUCACION

El Estado Nacional es quien establece las bases generales de la educación y debe respetar las decisiones locales y en caso de desacuerdo hay una guía relevante en las pautas que fija el Consejo Federal de Educación para articular las medidas en función de los objetivos (ley 26.206) (Voto del juez Lorenzetti).

EMERGENCIA SANITARIA

El decreto 421/2021 afecta la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires pues conforme a la resolución 387/21 del Consejo Federal de Educación - que obliga al Estado Nacional y a la Ciudad de Buenos Aires y no ha sido cuestionada-, cada unidad geográfica puede decidir evaluando la situación epidemiológica la apertura de las escuelas y la reanudación de clases presenciales; medida razonable, en tanto en cada ciudad, en cada región o inclusive en cada escuela de una misma ciudad, es necesario evaluar claramente la situación (Voto del juez Lorenzetti).

EMERGENCIA SANITARIA

La evaluación de situación epidemiológica no corresponde a los jueces, porque la magistratura carece de información suficiente para decidir sobre cuestiones vinculadas a la salud pública (Voto del juez Lorenzetti).

EDUCACION

Toda vez que desde el surgimiento de la pandemia, hubo períodos de clausura y otros de presencialidad en las escuelas, sería relevante contar con mediciones científicamente inobjetables sobre el efecto que estas aperturas y cierres tienen sobre el nivel de contagio general y también información específica que exponga de modo comparativo la influencia del contagio en las escuelas con otras actividades que se permiten (Voto del juez Lorenzetti).

EMERGENCIA SANITARIA

La magistratura no está en condiciones de juzgar la conveniencia de la medida relativa a la presencialidad o clausura en las escuelas (Voto del juez Lorenzetti).

EMERGENCIA SANITARIA

La CABA y las provincias pueden regular la apertura de las escuelas conforme con las disposiciones de la ley 26.206 y la resolución 387/21 del Consejo Federal de Educación, priorizando la apertura y la reanudación de las clases presenciales (Voto del juez Lorenzetti).

EDUCACION

El Estado Nacional solo puede regular el ejercicio del derecho a la educación de modo concurrente con las provincias (ley 26.206), estableciendo las bases, pero no puede, normalmente, sustituirlas, ni decidir de modo autónomo apartándose del régimen legal vigente (ley 26.206) (Voto del juez Lorenzetti).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires promovió la acción prevista por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra el Estado Nacional, a fin de obtener que se declarara la inconstitucionalidad del art. 2º del decreto 241/21 del Poder Ejecutivo Nacional (y de todas las disposiciones reglamentarias o complementarias dictadas o que se dicten en su consecuencia), que modificó lo dispuesto por el art. 10 del decreto 235/21 y estableció -en su último párrafo- la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, en el ámbito del aglomerado urbano denominado

"Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA) " definido por el artículo 3º del decreto 125/21.

Afirmó, en lo sustancial, que la norma impugnada vulneraba: a) la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, en razón de que –a su entender– la decisión adoptada por el Estado Nacional implicaba una virtual intervención federal, al arrogarse potestades eminentemente locales, tales como las materias de salud y educación; b) el principio de razonabilidad, toda vez que -desde su punto de vista- la suspensión de las clases presenciales dispuesta no se encontraba justificada en datos empíricos, sino que obedecía a la mera voluntad del Poder Ejecutivo Nacional; y c) el principio de supremacía de la Constitución Nacional consagrado por su art. 31.

En ese marco, adujo que el decreto en cuestión violaba de manera flagrante lo dispuesto por la Ley Fundamental, en cuanto garantiza el respeto de las autonomías de las provincias mientras éstas aseguren la educación primaria (art. 5º), y garantiza y establece específicamente la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129).

Aseveró que, con fundamento en la propagación de la segunda ola del Covid-19, el Estado Nacional hizo tabla rasa del texto y del espíritu de la Constitución Nacional para cercenar los derechos del gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires y pretender imponer, de manera inconsulta, una solución extrema que no encontraba justificación en la situación epidemiológica actual en cuanto a su real propagación en el ámbito escolar.

Destacó que el decreto de necesidad y urgencia cuestionado no presentaba ninguna prueba o estudio para justificar la decisión adoptada con relación a un territorio que, si bien es la sede del gobierno federal, tiene en materia de salud y educación sus propias facultades autónomas, que no podían ser avasalladas de manera arbitraria e injustificada.

En ese sentido, consideró inconstitucional al decreto 241/21 por haber sido dictado sin acreditarse el requisito de necesidad. Asimismo, entendió que lo que esa norma pretendía disponer por esa vía de excepción debió hacerse con intervención del Congreso Nacional, el que no se encontraba en receso ni impedido de tratar la cuestión en forma inmediata y urgente, ni existían circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes (art. 99, inc. 3º). Agregó que el decreto en cuestión suponía una forma vedada u oblicua de intervenir la jurisdicción autónoma de la Ciudad de Buenos Aires,

lo cual también debía realizarse mediante la sanción de una ley del Congreso Nacional, ya que este poder no se encontraba en receso (art. 75, inc. 31, de la Constitución Nacional).

Aseguró que el Poder Ejecutivo Nacional intentaba suplantar la voluntad política del gobierno autónomo porteño que, mediante el decreto local 125/GCBA/2021, había declarado de máxima esencialidad el ámbito del Ministerio de Educación y de los establecimientos educativos, a fin de preservar su normal funcionamiento con protocolos.

Aludió a la insuficiencia de la escuela virtual para tener por cumplida la obligación de prestar el servicio de educación, y a la evidencia científica que demostraría que la falta de presencialidad ocasionaba un grave perjuicio a los niños, niñas y adolescentes en cuanto a su evolución psicológica, interpersonal y social.

Resaltó que actualmente se conocía mucho más sobre el virus y sus distintas variaciones, sus consecuencias, las personas de riesgo y, fundamentalmente, las medidas eficaces y demostradas para evitar la propagación del contagio; por ello se establecieron, de común acuerdo entre las jurisdicciones, los protocolos necesarios y suficientes para asegurar Procuración General de la Nación que la presencialidad escolar no impactara en el número de contagios de manera significativa; y que los estudios demostraban que la presencialidad escolar -si se respetaban los protocolos vigentes- tenía una incidencia tan mínima en el número de contagios que no se justificaba su suspensión temporaria o definitiva.

Expresó que las razones fácticas, científicas y epidemiológicas del decreto de necesidad y urgencia no alteraban lo antes expuesto y la prueba que aportó, en especial, respecto de la no necesidad del cierre de las escuelas para contener la propagación del virus; así, estimó que el real motivo de su dictado no estaría expuesto en sus fundamentos, lo que determinaba la existencia de un vicio en la motivación.

Refirió que el habitual diálogo que venían desarrollando la jurisdicción nacional y la Ciudad se vio roto sin previo aviso y en forma sorpresiva, pues el día anterior el ministro de Educación de la Nación se había reunido con los de las jurisdicciones locales y había priorizado la presencialidad escolar.

Aceptó que, si la virulencia del virus lo justificara, la restricción de la presencialidad escolar podría ser una decisión razonable, aunque consideró que, en las actuales circunstancias reales de inocuidad de aquélla, no debía permitirse que los niños y adolescentes fueran privados de su derecho a recibir su formación en las escuelas.

Enumeró diversas disposiciones de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (art. 28), en las que se destaca la importancia del derecho a la educación, en tanto contribuye al desarrollo de la personalidad humana, el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, y se menciona la necesidad de adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y disminuir la deserción escolar.

Destacó el rol fundamental del formato presencial en la socialización de niños y adolescentes, en la promoción de la inclusión como participación efectiva en los procesos de enseñanza y en el logro de los aprendizajes fundamentales.

Puntualizó que el Ministerio de Salud de la Ciudad, como autoridad encargada de establecer los criterios epidemiológicos necesarios para determinar las condiciones para el desarrollo de las clases presenciales, indicó que, en el marco de la resolución conjunta 1-GCABA-MEDGC/21, la evidencia actual de los efectos de la educación presencial sobre el riesgo de infecciones por coronavirus mostraba que la educación presencial no resultaba ser el principal promotor de los incrementos de la infección en la comunidad y los estudiantes no estaban expuestos a mayores riesgos de infección en las escuelas en comparación con el hecho de no asistir a ellas cuando se aplican medidas de mitigación.

Mencionó las recomendaciones de organismos internacionales como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Banco Mundial, según las cuales, frente al aumento sostenido de casos positivos de COVID-19, las escuelas debían ser lo último en cerrarse debido al impacto que producía dicha decisión en la continuidad pedagógica de los estudiantes.

Sostuvo -luego de reseñar un estudio de caso publicado en la revista *The Lancet* de marzo de este año y a una publicación de 2020 del Centro Europeo para el Control de las Enfermedades que la evidencia -tanto local como internacional- daba cuenta de que en la escuela los contagios eran infrecuentes, en tanto los casos de Covid confirmados acumulados desde el 17 de marzo al 12 de abril de este año (5.006) representaban solo el 0,71% del total de personas que asistían a las escuelas; la cantidad de burbujas aisladas (945) era solamente el 2,1% del total; y que, de esos casos de aislamiento preventivo por contacto dentro de la misma burbuja, solo se positivizaron el 0,012%.

Subrayó que la escuela tampoco era una carga para el transporte público, ya que, según el monitoreo de datos, desde el inicio de clases en febrero de este año había caído en un 70% aproximadamente la cantidad de viajes con boleto estudiantil, lo que significaba que casi 3 de 4 familias dejaron de usar el transporte público para ir a la escuela y buscaron otras maneras de llegar a los establecimientos escolares.

Apuntó que, en un documento del Ministerio de Educación de la Ciudad actualizado al 12 de abril de este año, se destacó que variada evidencia (UNICEF, UNESCO y OMS -Organización Mundial de la Salud-) demostraba que los niños y niñas no eran actores fundamentales en la propagación del virus y eran menos vulnerables que los adultos ante potenciales contagios, así como a desarrollar formas graves de la enfermedad; por ese motivo -alegó- distintos países destacaron la importancia del retorno a la presencialidad y exhibieron los múltiples riesgos a los que quedaban expuestos los menores en un contexto de cierre generalizado de escuelas, sobre todo para aquellos estudiantes que vivían en condiciones más desfavorecidas.

Expuso que un indicador alternativo para analizar la cantidad de casos era el porcentaje de personas en edad escolar que contrajeron el virus con relación al total de contagios; en ese sentido, indicó que los niños y niñas que asistían al nivel primario representaban alrededor del 5% del total de casos positivos de COVID-19, valores que se mantenían relativamente estables hasta abril de este año, y que desde el inicio de clases podía observarse un leve aumento en su representatividad sobre el total de casos.

En cuanto al grupo de edad que teóricamente asistía al nivel secundario (población entre 13 y 18 años) se observaba, en términos generales, una disminución en la representatividad a partir del inicio de clases respecto al comienzo del año, donde llegó a representar el 15% del total de contagiados diarios, mientras que, luego de la apertura de clases presenciales, se observaban valores estables que oscilan entre el 6 y 8% del total de contagiados.

Enfatizó que las declaraciones formuladas por los ministros de Educación y de Salud de la Nación durante el 13 y el 14 de abril de este año revelaban la falta de razonabilidad de la decisión adoptada mediante el decreto 241/21, pues -según recalcó- ambos funcionarios se expidieron, el primero, respecto de la necesidad de sostener la modalidad presencial en las escuelas, y la segunda, en contra de las restricciones respecto de las actividades educativas presenciales.

Remarcó que la educación a distancia no era un sustituto natural de la educación presencial, y que la ausencia de esta última conllevaba

-según estadísticas del Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes y datos emanados de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- la amenaza de dejar a los niños y niñas de la Ciudad en un estado de indefensión frente a potenciales vulneraciones de sus derechos, si se tenía en cuenta el rol fundamental de la escuela y de los agentes educativos como actores necesarios dentro del sistema de promoción y protección de derechos de los menores en el marco del principio de corresponsabilidad.

Hizo referencia, también, al impacto psicológico del aislamiento social en niños y jóvenes, según estudios que individualizó en la demanda.

Explicó que las medidas sanitarias que debieran adoptarse en los establecimientos educativos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encontraban reservadas a su jefe de gobierno y no al Poder Ejecutivo Nacional, por lo que no era posible avalar el ejercicio por parte del Estado Nacional de competencias que se superponían con atribuciones que ya habían sido legítimamente ejercidas por las autoridades locales de la Ciudad en uso de su autonomía.

Esgrimió que el art. 129 de la Constitución Nacional solamente limitaba la autonomía local cuando el ejercicio de las facultades locales impidiera o dificultara aquellas que ejercían las autoridades nacionales, razón por la cual, al ser la potestad de ejercer el poder de policía en materia de salud y de educación eminentemente local, no podía admitirse la intervención del poder federal en la Ciudad.

Observó que, según lo dispuesto por el artículo 2º del decreto 241/21 (que sustituyó al art. 10 del 235/21), las provincias podían decidir sobre la continuidad o suspensión de las clases presenciales, pero la Ciudad no, lo que –a su juicio– constituía una clara violación al principio de igualdad, por evidenciar una discriminación arbitraria con relación a las restantes jurisdicciones locales que traicionaba el espíritu del federalismo y lesionaba el necesario equilibrio entre los integrantes de la República.

Reiteró la tacha de inconstitucionalidad de la norma impugnada por ser contraria al principio de razonabilidad (art. 28 de la Constitución Nacional), toda vez que la suspensión de la presencialidad en las aulas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no se Procuración General de la Nación encontraba fundada en datos empíricos ni científicos, lo que -a su criterio- demostraba que lo decidido se basaba únicamente en la voluntad del órgano emisor.

Resaltó que el decreto 241/21, en cuanto dispuso la suspensión de clases presenciales, era violatorio del principio de supremacía federal

consagrado por el artículo 31 de la Constitución Nacional por vulnerar varias de sus normas, entre ellas, y fundamentalmente, lo dispuesto por el artículo 129 en cuanto consagra la autonomía de la Ciudad.

En ese sentido, recalcó que, según el art. 121 de la Constitución Nacional, los poderes delegados por los entes locales en el gobierno federal están taxativamente enunciados en la Ley Fundamental y constituyen competencias de excepción, amplias, pero no por eso menos excepcionales; y que el decreto impugnado desconoció la facultad de adoptar las medidas sanitarias necesarias en los establecimientos educativos de la Ciudad, conferida por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Manifestó encontrarse legitimada para iniciar la acción, en tanto se planteaba la invalidez de actos que vulneraban atribuciones y poderes inherentes a la autonomía política de la Ciudad, según surgía de lo dispuesto por el art. 129 de la Constitución Nacional, y del mandato expreso a las autoridades constituidas de la Ciudad de preservar su autonomía, consagrado por el art. 6º de la Constitución local.

Explicó que se encontraban reunidos, en el caso, los recaudos legales y jurisprudenciales para la admisibilidad formal de la vía procesal intentada.

Ofreció la prueba documental que acompañó con la demanda.

Finalmente, pidió que se dictara una medida cautelar que dispusiera la inmediata suspensión de los efectos del artículo 2º del decreto 241/21 en cuanto determinó la suspensión de las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que se ordenara al Estado Nacional abstenerse, hasta el dictado de la sentencia definitiva y firme, de llevar a cabo cualquier conducta que implicara ejecutar la norma cuestionada.

-II-

El 19 de abril de 2021, de conformidad con lo dictaminado por esta Procuración General, V.E. declaró que la causa corresponde a su competencia originaria y ordenó correr traslado de la demanda al Estado Nacional.

-III-

A fs. 458/514, el Estado Nacional contestó el traslado de la demanda, solicitó su rechazo, pidió que se desestime la medida cautelar, denunció escándalo jurídico, puso de manifiesto el interés público comprometido y desconoció la documental acompañada por el GCABA.

De modo preliminar, señaló que esta causa debería tramitar ante los tribunales inferiores de la Justicia Federal, toda vez que la instancia originaria de V.E. se encuentra taxativamente prevista para los casos que indica el artículo 117 de la Constitución Nacional, entre otros, en los asuntos en los que una provincia es parte. Por tal motivo dijo que aun cuando la Ciudad de Buenos Aires tiene un estatus especial -pues está dotada de "un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción", conforme lo previsto en el artículo 129 de la Constitución Nacional y en el Estatuto organizativo que la rige- no es una provincia de la Nación Argentina.

Expresó que el Tribunal siguió aquel criterio hasta que lo modificó en el pronunciamiento dictado en Fallos: 342:533, en el cual, según la mayoría de sus integrantes, por vía de interpretación y remitiéndose, en especial, a la doctrina del precedente "Nisman" (Fallos: 339:1342), concluyó que el texto del artículo 117 de la Constitución incluye a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En su concepto, la única posibilidad de corregir el texto expreso de la Constitución es una reforma según el procedimiento previsto en ella, pero que, no obstante, teniendo en cuenta que V.E. ya definió que el tratamiento de estos autos corresponde a su competencia originaria, en concordancia con el criterio adoptado por la mayoría del Tribunal en Fallos: 342:533, y reiterado recientemente en otras causas, igualmente respondía el traslado conferido.

Sentado lo expuesto, al contestar los argumentos de la demanda, relató que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró al brote de virus SARSCoV2 (COVID 19) como una pandemia, el cual se propagó con gran velocidad, empeorando la situación epidemiológica a nivel internacional, provocando que en el mundo entero se viera en una situación de altísima gravedad sanitaria. Por ello, y para hacer frente a la emergencia en nuestro país -indicó- se dictaron los decretos de necesidad y urgencia 260/20 y 297/20, por los cuales, respectivamente, se amplió la emergencia pública sanitaria establecida en la ley 27.541 y se dispuso el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" (ASPO), durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo de aquel año, el que fue prorrogado sucesivamente. Asimismo, rememoró que ante el incremento de la cantidad de contagios se adoptaron otras medidas como la dispuesta en el decreto 520/20 y sus normas modificatorias y complementarias ordenando, según el territorio, las medidas de "distanciamiento social, preventivo y obligatorio" (DISPO) y en el decreto 167/21 que prorrogó la emergencia sanitaria sancionada por aquella ley, ampliada por su similar 260/20, hasta el 31 de diciembre de 2021.

Destacó que al momento del dictado del decreto 241/21 cuestionado por la CABA, la OMS confirmó 137,8 millones de casos y 2,9 millones de fallecidos, en un total de 223 países, áreas o territorios a causa de la pandemia. El 14 de abril de 2021 la tasa de incidencia acumulada para Argentina alcanzó 5.736 casos cada 100.000 habitantes, la letalidad llegó a 2,2% y la tasa de mortalidad a 1.287 fallecimientos por millón de habitantes.

Expuso que en esta "segunda ola" de contagios, el aumento de casos se registró en casi todas las jurisdicciones del territorio nacional y más del 50% de ellos se concentró en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA).

En ese contexto, manifestó que de no adoptarse medidas inmediatas para prevenir la velocidad de propagación del virus -aumentado en forma sostenida en dicha área, mayor aún que en otras del país- se genera una importante tensión en el sistema de salud en todos sus niveles, así como el riesgo de su saturación, y como consecuencia directa de ello, un previsible incremento de la mortalidad.

Tal situación -dijo- hizo necesario el dictado del DNU 235/2021, cuya finalidad fue incrementar las medidas ya adoptadas en forma directamente proporcional al crecimiento de casos, con carácter temporal e intensivo, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan situaciones de mayores riesgos de circulación del virus.

Ahora bien -prosiguió- luego de transcurridos 7 días desde la adopción de esas medidas y en el marco de la evaluación diaria de la situación sanitaria y epidemiológica del AMBA, devino indispensable el dictado del decreto 241/21, para implementar nuevas medidas focalizadas en ese territorio tendientes a disminuir la circulación de personas y, por lo tanto, la transmisión del virus.

En ese contexto, puntualizó que se dispuso en tal decreto ampliar el horario de restricción de la circulación de personas en todo el territorio del AMBA desde las 20 hasta las 6 horas del día siguiente, suspender el funcionamiento de los centros comerciales y de todas las actividades deportivas, recreativas, sociales, culturales y religiosas que se realizan en ámbitos cerrados y "suspender en el AMBA, a partir del 19 de abril y hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, las clases presenciales en todos los niveles y en todas las modalidades, y las actividades educativas no escolares presenciales".

Al respecto, estimó que estas últimas son actividades que movilizan un número importante de personas o se desarrollan en espacios

cerrados, habiéndose evidenciado un considerable incremento del uso, desde su inicio, del transporte público de pasajeros en el AMBA, lo que se reflejó, a su vez, en la expansión del virus.

Expuso que, para fundar tal decisión, se tuvo en cuenta que el grupo de personas de 6 a 17 años, entre las semanas 1 a 4 del año representaba el 5,3% del total de casos confirmados y entre las semanas 12 a 14 el 7,3% del total de casos. Añadió que al evaluar la proporción de casos que representaba cada grupo de edad sobre el total notificado, los de 13 a 18 años y de 20 a 29 años eran los que mayor aumento relativo habían presentado en las últimas semanas.

Destacó que "reconoce la importancia de la presencialidad en la actividad escolar y que por consiguiente ha tratado y trata de no afectarla, pero la situación epidemiológica en el AMBA alcanzó una gravedad tal que resultó insoslayable la adopción de medidas inmediatas y temporales". Aclaró que, asimismo, para continuar garantizando el derecho a la educación se estableció la modalidad virtual hasta el reinicio posterior, luego de transcurrido ese plazo.

Recordó que al momento del dictado del decreto 241/21, esto es, al 15 de abril, la República Argentina había acumulado un total de 2.615.360 casos y 58.678 fallecidos, según los datos oficiales del Ministerio de Salud de la Nación, que le sirvieron de antecedente para su emisión.

Al describir los gráficos presentados en su escrito y la situación epidemiológica en el país a aquel momento, señaló que durante la "primera ola", "considerando la fecha de inicio de síntomas, el 19 de octubre de 2020 fue el día en que se registró la mayor cantidad de casos (16.451), luego se produjo un descenso, pero el número de contagios se incrementó nuevamente a partir del 14 de diciembre, para volver a descender en la segunda semana de enero. Así, a partir de la semana 7 del 2021 comenzaron a aumentar nuevamente los casos dando inicio a la denominada 'segunda ola' cuyo pico, antes del decreto mencionado, se verificó el 5 de abril del 2021 con 22.897 contagios registrados durante ese día". Asimismo, expresó que "del análisis genómico surge que en Argentina se identificaron las siguientes variantes: B.1.1.7 (UK), P.1 (linaje Manaos), P.2 (Río de Janeiro) y B.1.427 (California). Los datos de vigilancia genómica, mostraron un aumento de transmisión de variantes de interés representando aproximadamente el 10% principalmente en el área del AMBA. Se observó un aumento abrupto de casos en las dos semanas previas al dictado del Decreto Nº 241/21, comparado con las dos semanas anteriores, en todas las regiones".

Agregó que la situación en las jurisdicciones siguió siendo heterogénea, teniendo en cuenta la evolución observada en cada brote, las dinámicas propias de cada área con relación a la demografía y la respuesta que pudo dar el sistema de atención para hacer frente a la epidemia y que, si bien el aumento se evidenció en la mayoría de las jurisdicciones, resultó más significativo en el AMBA y en aquellos centros donde la densidad poblacional es más alta. Añadió que este año, en comparación con el 2020, el número de casos fue mucho mayor "si se toma en cuenta el aumento porcentual semana a semana, de la semana epidemiológica 11 a la 12, los casos aumentaron un 37%, y de la 12 a la 13 un 40% (alcanzando en algunas regiones como el AMBA y Cuyo, aumentos mayores al 50% en una semana) ".

En cuanto al análisis epidemiológico por la presencialidad en las escuelas, consideró importante diferenciar entre los riesgos individuales y los colectivos. Señaló que, en los primeros, el riesgo en la presencialidad escolar podría ser bajo si se acompaña y garantiza el adecuado cumplimiento de las medidas de prevención (uso correcto de barbijo, distanciamiento, higiene de manos, higiene respiratoria, ventilación adecuada, identificación temprana y aislamiento de los casos y cuarentena de contactos), pero en este supuesto debe tenerse en cuenta que, en un contexto de aumento de transmisión comunitaria del virus, todos los asistentes a establecimientos escolares tienen más probabilidad de enfermar cuanto más circulen, por lo que el bajo riesgo mencionado anteriormente, aumenta en áreas de alta transmisión. Con referencia a los segundos (riesgos colectivos) se evidencia que "cuanto mayor es la circulación de personas mayor es la transmisión del virus, esto es aún más pronunciado cuando la prevalencia es más alta".

Desde esa perspectiva, analizó la curva epidemiológica en el grupo de población escolar, observando que, "desde el comienzo del ciclo lectivo, se ha producido un aumento exponencial del número de casos, similar -y aún mayor- a lo observado en la curva de la población en general", esto "independientemente de que las instituciones escolares sean consideradas espacios de bajo riesgo INDIVIDUAL -ello a condición del adecuado cumplimiento de los protocolos- el riesgo individual bajo aumenta cuando se incrementa la prevalencia de la enfermedad en la población".

Así pues, de la descripción de los gráficos que presentó concluyó que "si consideramos el aumento proporcional según edad, comparando las 2 semanas previas al inicio de clases y las dos semanas anteriores al DNU Nº 241/2021, se observa que los grupos de edad escolar

presentan un aumento proporcional mayor al resto de las edades. Esto es esperable, debido a la mayor circulación de estos grupos de edad, en áreas de alta transmisión viral". "Cuando se analizan las curvas epidémicas de la población general, y la de menores de 20 años, se puede observar cómo en 2020, cuando aumentaron los casos en la población general, los casos en menores de 20 años aumentaron en menor proporción; a diferencia de lo observado en esta 'segunda ola de COVID-19', en donde el grupo de menores de 20 años aumenta, incluso proporcionalmente más que la población general". "Si aumentamos la escala en 10 veces, para los casos en menores de 20 años, se puede observar cómo en el 2020, el aumento de este grupo de edad se mantuvo siempre por debajo del aumento de la población en general, y actualmente presenta un aumento mayor".

Por lo antedicho, y ante la imposibilidad de separar el riesgo individual de lo colectivo, observó: "Crecimiento exponencial de casos con alta velocidad de aumento. Incremento también veloz de circulación de nuevas variantes (más transmisibles, posiblemente de más gravedad y afectación de grupos etarios más jóvenes). Aumento de la utilización de transporte público, desde el inicio de las clases (con presencialidad restringida). Más de 3 millones de niños y niñas en edad escolar y 300.000 docentes y no docentes, sumado a los acompañantes, que se movilizan (dependiendo del porcentaje de presencialidad), diariamente".

Así las cosas, aseveró que el decreto 241/21, desde el punto de vista jurídico de la necesidad y urgencia, cumple con los tres criterios establecidos por la doctrina mayoritaria: es una medida adecuada, porque sirve para disminuir la circulación y, con ello, contagios; es necesaria (menos lesiva), ya que de no recortarse la circulación en forma sustantiva, la saturación del sistema de atención de la salud y el riesgo directo o indirecto para la vida de millones de personas es concreto y palpable; y es proporcional (en sentido estricto) a la gravedad de la pandemia, en tanto hace prevalecer el derecho a la vida y a la salud, ante la presencialidad educativa –que es reemplazada, temporalmente, por la modalidad virtual-.

Reiteró, sobre la base de los informes sanitarios aportados por el Ministerio de Salud de la Nación, que el aumento de la curva de contagios fue exponencial en las últimas semanas, generando un riesgo cierto de saturación del sistema sanitario, constatándose de este modo, que a mayor circulación de personas se incrementa la velocidad de contagios, lo que hizo indispensable la adopción de medidas que redujeran la movilidad de las personas y con ello la transmisión del virus.

En ese marco, consideró que las restricciones adoptadas por el decreto cuestionado configuraron el medio idóneo para evitar el colapso del sistema sanitario producto del aumento desmedido de casos de Covid-19 y para resguardar de ese modo la salud pública y que ello fue el fundamento de decidir, entre otras medidas, suspender temporalmente la presencialidad de las clases.

Añadió que la razonabilidad de la norma se encuentra cimentada en los hechos que le han dado origen (situación epidemiológica, crecimiento exponencial de los contagios, el aumento de la ocupación de camas de terapia intensiva) y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, concretamente, la vida y la salud de la población.

Asimismo dicha medida, en su concepto, resulta proporcional a los fines que se procura alcanzar, puesto que, en cuanto al punto particular cuestionado por la actora, observó que la suspensión temporal de la presencialidad no implica una interrupción de las clases, porque ellas continuarán en la modalidad virtual; ello, sumado al hecho de que configura una medida limitada en su duración, conforme lo prescribe el mismo decreto 241/21.

Por su parte, recalcó que dicha suspensión se funda en la necesidad de reducir la movilidad de la gran cantidad de personas (docentes, no docentes, alumnos y acompañantes) que genera la presencialidad de las clases, ampliando, también, la restricción de la circulación en el horario nocturno y en la atención de los comercios, coherentemente, con el fin de reducir la circulación de personas.

Concluyó que, de este modo, se compatibiliza el deber de resguardar el derecho a la salud, a la vida y a la educación, esto es que la limitación temporal resulta proporcionada y razonable con el fin perseguido con la norma.

Expuso que “ garantizar el derecho a la educación, en este contexto, ha sido uno de los objetivos fundamentales del Gobierno Nacional, en tanto se han adoptado otras medidas de trascendencia destinadas a garantizar el acceso a la educación virtual y/o a los medios tecnológicos que la facilitan, a través del dictado del DNU Nº 690/2020 y las consecuentes resoluciones del ENACOM. De esta manera se buscó asegurar el acceso a la conectividad dada la necesidad imperiosa de estos tiempos de ejercer el trabajo, la educación, la medicina, entre otras actividades, mediante la modalidad virtual; remarcando que la educación es uno de los pilares fundamentales para el dictado del decreto que declaró esenciales a los servicios de información y comunicación”.

Señaló que la evaluación que justifica el dictado del decreto 241/21 se sustenta en informes del Ministerio de Salud de la Nación -organismo que monitorea la evolución de la pandemia de manera permanente- y que, en cambio, la actora pretende respaldar las afirmaciones que formula en el escrito de demanda en un glosario de documentos que presuntamente provendrían, en su mayor parte, de páginas institucionales de diversas entidades públicas y privadas, sin que se encuentren refrendados por autoridades competentes o por profesionales con incumbencias en las materias abordadas. Por tal motivo, entendió que no se puede otorgar a estos documentos valor probatorio alguno.

En cuanto al poder de policía del Estado Nacional en materia de salubridad, sostuvo que la ley 27.541 que declaró la emergencia pública, entre otras, en materia sanitaria y las normas que se dictaron en su consecuencia (decretos 260/20 y 167/21), otorgan un marco jurídico a su ejercicio por parte del Gobierno Federal, encuadrándolo en la propia Constitución Nacional y en las normas que declararon la emergencia sanitaria.

Citó jurisprudencia que, desde nuestros albores institucionales, destacó que la salud pública es el mayor bien de la sociedad y añadió que una medida como la cuestionada, sólo restringe la presencialidad en las escuelas por un lapso acotado en el tiempo, pero no implica la suspensión de las actividades educativas -las cuales pueden continuar por vía virtual-, a raíz de una situación de gravedad tal que ha generado una crisis a nivel mundial.

En lo que atañe al ejercicio del poder de policía por parte de las distintas jurisdicciones y de la Nación, entendió que no cabe considerarlo exclusivo de las provincias ya que es evidente que, para atender a los fines superiores del Estado Federal en su conjunto, la Nación requiere esas potestades como herramientas indispensables de gobierno. Agregó que en determinadas competencias el poder es concurrente y que, si existiera un interés federal en determinada materia y el criterio de las autoridades locales resultara incompatible con el del poder federal, prevalecería este último de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución Nacional. Recordó que la doctrina también ha dicho que cuando haya colisión entre dos legislaciones de atribuciones concurrentes no cabe ninguna duda de que la norma nacional debe primar sobre la 1ocal.

Consideró que, ante la propagación del virus que amenaza la salud de la población, las medidas implementadas por el Gobierno Federal (en el caso, el Poder Ejecutivo, en virtud de sus potestades constitu-

cionales y de las que le otorgó el Congreso Nacional mediante la ley 27.541) resultan plenamente justificadas en pos del bien común de la Nación. Señaló que ese ejercicio se ha traducido en un plexo normativo conformado por disposiciones legales y normas de ese rango dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional con fundamento en las atribuciones conferidas por el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, que gozan de la primacía que consagra el artículo 31 de la Carta Magna en favor de la normativa federal.

Por otra parte, puso de resalto el carácter interjurisdiccional del decreto 241/21, en cuanto sus previsiones en materia sanitaria alcanzan a la Ciudad de Buenos Aires y a una porción considerable -la más densamente poblada- de la Provincia de Buenos Aires, conglomerado que se identifica como AMBA. En este sentido, señaló que la problemática sanitaria generada por la pandemia del Covid-19 no reconoce fronteras internas y que la circulación masiva de personas entre el Gran Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires constituye un fenómeno de la vida cotidiana e involucra el desplazamiento de personas pertenecientes a la comunidad educativa.

Expresó que las medidas adoptadas buscan proteger la vida y la salud a nivel nacional, y para ello, se puso especial énfasis en el área geográfica conocida como AMBA, por ser la región de mayor concentración de población y por ende de mayor circulación del virus. De modo que, si no se implementan las medidas necesarias, ello impactará inevitablemente hacia el resto de la población.

Añadió que, en la medida en que las decisiones sanitarias no afecten la salud de la población a nivel nacional o de las restantes jurisdicciones, pueden resultar de competencia propia de CABA. Sin embargo, cuando la acción o inacción de las autoridades locales trascienda de forma cierta, probable o inminente a otras jurisdicciones, suscita la competencia federal por la interjurisdiccionalidad de la situación configurada.

Señaló que CABA ha consentido todos y cada uno de los decretos dictados entre los años 2020 y 2021, anteriores al decreto 241/21, sin cuestionar la competencia del Poder Ejecutivo Nacional en materia sanitaria con fundamento en la calificación de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la preocupación por la amenaza del virus. En este sentido, advirtió que las autoridades de CABA consintieron la constitucionalidad de aquellas medidas, incluso más restrictivas que la adoptada por el decreto 241/21 respecto de la presencialidad en las escuelas y recordó que el “aislamiento social

preventivo obligatorio" (ASPO) que rigió durante largos meses en el año 2020, implicó restricciones mucho más intensas que las actuales.

En el mismo orden de ideas, sostuvo que todas las medidas enmarcadas en la pandemia por Covid-19, siempre tuvieron en miras la protección de la vida y la salud de la población, disponiendo restricciones de derechos en favor del interés común. Tales normas no fueron controvertidas por la actora, ni tampoco la que restringió la posibilidad de dar enseñanza presencial en el 2020. Consideró que resulta incoherente -desde una perspectiva no solo jurídica, sino también política e institucional- que en este momento crucial, en que la situación epidemiológica se agravó con motivo de la "segunda ola" de contagios, la actora impugne esta medida, cuando durante el año pasado consintió otras de igual tenor, o aún más intensas, en un escenario más benevolente, atento a la menor cantidad de casos registrados en comparación con los actuales.

Por ello, entendió que, si con una menor tasa de contagio y de muertes por Covid19, la restricción de la presencialidad fue válida en el pasado para la actora, más aún debería serlo ante el contexto actual. Ha existido una conducta voluntariamente asumida por la accionante, jurídicamente relevante, que ahora no puede contradecir sin ponerse en una situación palmariamente incompatible con su postura anterior.

Tras aclarar el estatus jurídico que -a su entender- tiene asignada la Ciudad por la Ley Fundamental, destacó que el dictado del decreto impugnado no apareja vulneración alguna de la autonomía que el artículo 129 de la Constitución Nacional le confirió al GCBA, por cuanto la medida dictada responde al ejercicio del poder de policía que en materia sanitaria tiene el Estado Nacional en el ámbito federal, en función de su rol de garante del bien común de la Nación.

A su criterio, ello no es incompatible con el ejercicio del poder de policía que compete a las autoridades del GCBA en aspectos atinentes a la esfera del derecho público estrictamente local, más advirtió que ellas no pueden, mediante su actuación u omisión, poner en crisis las medidas adoptadas por el Gobierno Federal para prevenir el riesgo a la salud y la vida de la población del país en su conjunto y, en este caso en particular, de los habitantes del AMBA.

En cuanto a la intervención federal que esgrime la actora, adujo que el decreto 241/21 no encuadra en dicho instituto ni produce efectos siquiera lejanamente asimilables a los que son propios de esa figura. Aseveró que la norma cuestionada sólo traduce un ejercicio razonable del poder de policía en materia sanitaria en la esfera federal y no

implica desplazamiento de las autoridades locales, cuyas atribuciones (con el estricto alcance que les confieren el artículo 129 de la Constitución Nacional y su propio Estatuto Organizativo) en modo alguno se han visto menoscabadas, pues el alcance nacional de la problemática inherente al Covid-19 suscita la competencia federal sobre la materia.

Con respecto a la medida cautelar solicitada por la accionante tendiente a que se ordene la inmediata suspensión de los efectos del art. 2° del decreto 241/21, alegó que resulta evidente su inadmisibilidad, sea que se califique a la medida como suspensiva o innovativa (positiva, en los términos de la ley 26.854). Puso de relieve que se trata de una auténtica pretensión positiva -que requiere mayor rigurosidad en la apreciación de los recaudos-, ya que además de la suspensión de los efectos del acto de gravamen (negativo), su dictado implicaría una actividad positiva en cabeza de la Administración Nacional, que modificaría la situación de hecho y de derecho existente al tiempo de su dictado, afectando además directamente los intereses de la Provincia Buenos Aires e indirectamente los de toda la Nación, por cuanto los efectos disvaliosos que se produzcan en el AMBA se extenderán a la población en general.

Con fundamento en los argumentos desarrollados para avalar la constitucionalidad de la norma impugnada y su razonabilidad, sostuvo que surge de modo prístino que no existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Reiteró que el decreto 241/21 fue dictado por el Poder Ejecutivo de conformidad con el régimen constitucional y legal aplicable y que no presenta un vicio ostensible, notorio y grave, requisitos necesarios para la admisibilidad de la medida cautelar peticionada en ese marco.

Consideró, así, que no están comprobados los requisitos para acceder al dictado de una medida excepcional como lo es una cautelar innovativa o positiva. Añadió que, aun si se estimara que la medida reclamada por la actora fuera la simple suspensión de los efectos de un acto, tampoco sería viable, porque no se comprueba ilegalidad en el accionar del Estado Nacional, ni un peligro en la demora que requiera una tutela urgente. Por el contrario, entendió que el peligro se configuraría para la población del AMBA si se concediera la pretensión cautelar.

Asimismo, esgrimió que el resultado práctico del pedido cautelar conlleva el anticipo de una eventual sentencia sobre el fondo, afectando el objeto del pleito con menoscabo de las garantías de defensa e igualdad entre las partes. Tampoco se acreditaron debidamente la

existencia de verosimilitud en el derecho invocado, el peligro irreparable en la demora, ni la ausencia de afectación del interés público comprometido que se cristaliza en la defensa de la salud pública.

Finalmente, solicitó que se cite como tercero a la Provincia de Buenos Aires, en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues consideró que cualquier decisión que se adopte con respecto al decreto 241/21 tendrá efectos ineludiblemente sobre la esfera de dicha provincia. También desconoció toda la prueba documental acompañada por la actora por no constarle su autenticidad ni su contenido.

-IV-

El 27 de abril de 2021, V.E. rechazó a la citación como tercero de la Provincia de Buenos Aires solicitada por el Estado Nacional, corrió traslado por 48 hs. de la prueba documental acompañada por este último y ordenó el pase de las actuaciones a esta Procuración General, haciendo saber que debían ser devueltas en el plazo de 72 horas.

-V-

Liminarmente, corresponde señalar que la pretensión de la actora se encuentra dirigida a cuestionar la validez constitucional del decreto 241/21 -en especial, de su art. 2°, parte final-, del 15 de abril de 2021.

Al respecto, no es ocioso recordar que esta pretensión, 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, entiendo que se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el artículo 322 del CPCCN pues mediante el art. 2°, parte final, de dicho decreto, el Poder Ejecutivo Nacional ordena la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, en el aglomerado del "Área Metropolitana De Buenos Aires" (AMBA), según está definido en el artículo 3° del decreto 125/21.

En mi parecer, dicha orden, a la que la actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen de autonomía de la Ciudad, representa una conducta explícita de la demandada, con 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.

Tal concreción se verifica en autos, a poco que se repare que con el dictado del decreto de necesidad y urgencia cuestionado se han producido la totalidad de los presupuestos de hecho necesarios para la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido, condición bajo la cual puede afirmarse que el fallo aquí a dictarse pondrá 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 (arg. 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 el marco de lo expuesto, en mi parecer, se encuentran reunidos la totalidad de los requisitos fijados por el artículo 322 del CPCCN para la procedencia formal de la acción intentada.

Finalmente, considero que esa Corte sigue siendo competente para entender en esta causa, a tenor de lo ya dictaminado por este Ministerio Público.

-VI-

Estimo necesario recordar que en el marco de los decretos 260/20 y 297/20 y las normas complementarias que se dictaron para contener el avance de la pandemia desatada por el Covid-19, el decreto 576/20 dispuso que las clases presenciales permanecieran "suspendidas en todos los niveles y en todas sus modalidades hasta tanto se disponga el reinicio de las mismas en forma total o parcial, progresiva o alternada, y/o por zonas geográficas o niveles o secciones o modalidades, previa aprobación de los protocolos correspondientes. El MINISTERIO DE EDUCACIÓN de la Nación establecerá para cada nivel y modalidad los mecanismos y autoridades que podrán disponer el reinicio de las clases presenciales y la aprobación de protocolos, de conformidad con la normativa vigente" (art. 9°).

Posteriormente, mediante la resolución 423/20 del Ministerio de Educación de la Nación, se creó el Consejo Asesor para la Planificación del Regreso Presencial a las Aulas que, entre otras funciones, debía asesorar en lo atinente a la planificación y adopción de normas generales y de alcance federal, a fin de que el regreso de los estudiantes, docentes, personal directivo y no docente de los establecimientos

educativos de todos los niveles contara con fundamentos basados en criterios técnicos y científicos, para lo cual debían considerarse también experiencias internacionales y la evolución de la pandemia en cada jurisdicción.

Aquel órgano también tenía la misión de elaborar protocolos de alcance federal que establecieran las condiciones para el reinicio de las clases presenciales, las exigencias en torno al distanciamiento social, normas de seguridad e higiene y elementos de cuidado, y brindar información y recomendaciones sobre las medidas de actuación frente a la presencia de casos sospechosos o diagnosticados en las aulas, conforme a los lineamientos de la autoridad sanitaria nacional.

En cumplimiento de aquellas directivas, el Comité Técnico Multidisciplinario del Consejo Asesor elaboró recomendaciones y determinó las condiciones para la reapertura de las escuelas, considerando que ella debe guiarse por el interés superior del estudiante y por aspectos generales de salud pública. Tras el análisis de las recomendaciones y la ponderación de lineamientos que encuadran pedagógicamente el retorno a las clases presenciales, el Consejo Federal de Educación dictó la resolución 364/20 que aprueba el anexo I "Protocolo Marco y Lineamientos Federales para el Retorno a Clases Presenciales en la Educación Obligatoria y en los Institutos Superiores" (art. 1°). Asimismo, se acordó la presentación del "Plan Jurisdiccional de Retorno a Clases Presenciales" ante el Ministerio de Educación de la Nación de conformidad con el protocolo aprobado, contemplando toda definición que se considere pertinente proponer en la implementación específica en cada jurisdicción. Finalmente, estableció que los planes jurisdiccionales que se presentaran debían tener la aprobación de la máxima autoridad educativa y de la autoridad sanitaria que se designara como responsable de avalar el protocolo sanitario de cada jurisdicción (art. 5°).

El Protocolo Marco expresó inicialmente que tiene aplicación en los establecimientos educativos de todos los niveles y modalidades de Educación Obligatoria y en los institutos superiores, estableciendo un conjunto de pautas de trabajo que promueven un ordenamiento en las actividades inherentes al retorno a las clases presenciales, basadas en criterios sanitarios y de higiene y seguridad, así como de organización escolar y pedagógica.

Entre los lineamientos generales para la reapertura de las actividades presenciales, menciona el establecimiento de criterios de implementación en cada jurisdicción según la situación o fase epidemiológica que transita y la generación de un plan en conjunto con la

comunidad educativa para evaluar posibilidades de implementación por niveles y modalidades.

Seguidamente, al considerarse necesario y conveniente precisar los alcances de los protocolos vigentes, a fin de adecuar las decisiones jurisdiccionales en el sector educativo con las de otros sectores, el Consejo Federal de Educación dictó la resolución 370/20. Allí se destacó que los integrantes del Consejo Asesor para la planificación del regreso presencial a las aulas elaboraron una guía de análisis y evaluación de riesgo para el desarrollo de actividades presenciales y revinculación en las escuelas en el contexto de Covid-19, conteniendo un conjunto de elementos para el análisis jurisdiccional junto con indicadores epidemiológicos y otras condiciones que deberían tenerse en cuenta para la adopción de decisiones jurisdiccionales.

Mediante el art. 24 del decreto 67/21 se dispuso que "Podrán reanudarse las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales de acuerdo a los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las Resoluciones Nº 364 del 2 de julio de 2020 y Nº 370 del 8 de octubre de 2020 del CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN, sus complementarias y modificatorias".

Dicha norma añadió que, en todos los casos, "se deberá actuar de acuerdo a los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes" y que la efectiva reanudación en cada jurisdicción fuera decidida por las autoridades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires según corresponda, quienes podrán suspender las actividades y reiniciarlas conforme la evolución de la situación epidemiológica, de conformidad con la normativa vigente. En cuanto al uso del servicio público de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional, exceptuó de la prohibición a ese solo efecto al personal directivo, docente y no docente, y los alumnos que asistan a clases presenciales y a actividades educativas no escolares presenciales que se hubieran reanudado.

A su turno, el Consejo Federal de Educación dictó las resoluciones 386/21 y 387/21 a fin de precisar los protocolos vigentes, ajustando la normativa al marco de análisis de riesgo epidemiológico y sanitario establecido en el decreto 67/21 citado y, asimismo, efectuando un proceso de revisión integral de la organización funcional de las instituciones educativas, en lo concerniente a sus tiempos, espacios y conformación de agrupamientos para el trabajo pedagógico en todos los niveles y modalidades del sistema educativo.

En ambas resoluciones se destaca, en primer lugar, que en todas las jurisdicciones debe priorizarse el sostenimiento de clases presenciales en todos los niveles y modalidades de la educación obligatoria de acuerdo con el nivel de riesgo de los distintos aglomerados urbanos, partidos o departamento, pueblos o parajes, bajo condiciones de seguridad sanitaria. En particular, la resolución 386/21 determina que "Cada jurisdicción establecerá sus propios protocolos adecuados a sus particularidades y orientaciones específicas, manteniendo como piso mínimo las definiciones establecidas a nivel federal".

Considero que esta normativa, en definitiva, refleja los cambios, reorganizaciones y adecuaciones que los marcos de actuación, los protocolos y planes de organización escolar requieren en este contexto excepcional, teniendo en cuenta la heterogeneidad y especificidad de cada jurisdicción.

-VII-

Bajo este prisma, pienso que debe estudiarse la pretensión de la actora, quien solicita la declaración de inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 241/21 y de toda disposición reglamentaria o complementaria dictada o que se dicte en su consecuencia en punto a la suspensión de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 hasta el 30 de abril -inclusive- de 2021, en el ámbito de su jurisdicción.

A fin de resolver tal cuestión, considero necesario efectuar una breve reseña de las normas en ella involucradas.

El 8 de abril de este año, el Poder Ejecutivo Nacional -con invocación de las atribuciones conferidas por el artículo 99, incisos 1º y 3º, de la Constitución Nacional- dictó el decreto 235/21 (publicado en el Boletín Oficial del mismo día) con el objeto de "establecer medidas generales de prevención y disposiciones locales y focalizadas de contención, basadas en evidencia científica y en la dinámica epidemiológica, que deberán cumplir todas las personas, a fin de mitigar la propagación del virus SARS-CoV-2 y su impacto sanitario, hasta el 30 de abril de 2021, inclusive" (v. art. 1º).

En los considerandos de ese decreto, señaló -entre otras cuestiones- que "la tasa de incidencia acumulada para ARGENTINA es de 5280 casos cada 100.000 habitantes, la tasa de letalidad disminuyó levemente, siendo de DOS COMA TRES POR CIENTO (2,3 %) y la tasa de mortalidad es de MIL DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE

(1239) fallecimientos por millón de habitantes; que "actualmente, el aumento de casos se registra en casi todas las jurisdicciones y más del SESENTA POR CIENTO (60%) de los nuevos casos corresponden al Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA); y que "ante la actual situación epidemiológica, las medidas de prevención de COVID-19 se deben fortalecer en todo el territorio nacional, evaluando las particularidades de cada partido o departamento, la dinámica de la epidemia y el conocimiento adquirido acerca de las actividades de mayor riesgo".

Advirtió también que "ante el acelerado aumento de casos, se deben implementar medidas temporarias, intensivas, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan mayores riesgos"; y que "las actividades que implican un significativo aumento de la circulación de las personas así como aquellas que se dan en espacios cerrados, mal ventilados o que implican aglomeración de personas y no permiten respetar las medidas de distanciamiento y el uso adecuado de barbijo, conllevan alto riesgo de transmisión del virus SARS-CoV-2".

Más adelante, indicó que "cada jurisdicción deberá implementar estrategias específicas y adaptadas a la realidad local en relación con la prevención, atención, monitoreo y control de su situación epidemiológica y deberá identificar las actividades de alto riesgo, según la evaluación de riesgos en el ámbito regional correspondiente", y que "asimismo, resulta fundamental el control por parte de las jurisdicciones del cumplimento de las medidas aquí definidas y de aquellas implementadas específicamente en cada jurisdicción".

También resaltó que "de acuerdo a las evidencias que nos brindan los guarismos señalados, al análisis de los indicadores epidemiológicos de todas las zonas del país, a la consulta efectuada a los expertos y a las expertas en la materia, al diálogo mantenido con los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias, con el Jefe de Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, con las Intendentas y los Intendentes y en el marco del Plan Estratégico desplegado por el Estado Nacional, se entiende que siguen conviviendo distintas realidades que deben ser abordadas de forma diferente, en materia epidemiológica, en nuestro país".

Posteriormente, destacó que "la dinámica actual de la transmisión y la aparición de nuevos casos se origina principalmente en actividades sociales y recreativas nocturnas que implican contacto estrecho prolongado, en espacios cerrados con escasa ventilación o abiertos con aglomeración de personas que dificultan el uso de tapabocas/na-

riz y el mantenimiento de la distancia física, y conllevan alto riesgo de transmisión, en especial en los grupos de personas que luego se constituyen en agentes de contagio hacia los grupos de mayor riesgo", y agregó que "esta situación se puede ver agravada por el consumo de alcohol ya que el mismo facilita el relajamiento del cumplimiento de las reglas de conducta y distanciamiento", razón por la cual estimó que "con el objetivo de disminuir los contagios, es necesario adoptar medidas respecto de este tipo de actividades, las cuales por lo general se realizan en horario nocturno. Por ello, en los lugares de 'Alto Riesgo Epidemiológico y Sanitario' se establece la restricción de circular para las personas, entre las CERO (0) horas y las SEIS (6) horas del día siguiente, previéndose a dicho fin que los locales gastronómicos deban permanecer cerrados entre las VEINTITRÉS (23) horas y las SEIS (6) horas del día siguiente", al tiempo que aclaró que "se faculta a los Gobernadores, a las Gobernadoras y al Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para establecer medidas adicionales a las previstas en la presente norma, en forma temporaria, proporcional y razonable, siendo responsables del dictado de dichas restricciones en virtud de la evaluación sanitaria de los departamentos o partidos de la jurisdicción a su cargo".

En ese marco, y en lo que interesa a la cuestión en examen, en el artículo 10 del decreto 235/21 se dispuso: "Se mantendrán las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales dando efectivo cumplimiento a los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las Resoluciones Nº 364 del 2 de julio de 2020, 370 del 8 de octubre de 2020, 386 y 387 ambas del 13 de febrero de 2021 del CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN, sus complementarias y modificatorias.

"En todos los casos se deberá actuar de acuerdo a los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes.

"Los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias y el Jefe de Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, según corresponda, podrán suspender en forma temporaria las actividades y reiniciarlas, conforme a la evaluación del riesgo epidemiológico, de conformidad con la normativa vigente.

"El personal directivo, docente y no docente y los alumnos y las alumnas -y su acompañante en su caso-, que asistan a clases presenciales y a actividades educativas no escolares presenciales, quedan exceptuados y exceptuadas de la prohibición del uso del servicio público

de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional, según corresponda y a este solo efecto, conforme con lo establecido en las resoluciones enunciadas. “

El 15 de abril de este año el Poder Ejecutivo Nacional -nuevamente, con invocación de las atribuciones conferidas por el artículo 99, incisos 1º y 3º, de la Constitución Nacional-, dictó el decreto 241/21 (publicado en el Boletín Oficial del día siguiente), mediante el cual introdujo un conjunto de modificaciones al decreto 235/21, entre ellas, en lo que interesa a este caso, al artículo 10, cuyo texto quedó redactado así: “Se mantendrán las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todo el país, salvo las excepciones dispuestas en el presente decreto o que se dispongan, dando efectivo cumplimiento a los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las Resoluciones Nº 364 del 2 de julio de 2020, 370 del 8 de octubre de 2020, 386 y 387 ambas del 13 de febrero de 2021 del CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN, sus complementarias y modificatorias.

“En todos los casos se deberá actuar de acuerdo a los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes.

“Los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias y el Jefe de Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, según corresponda, podrán suspender en forma temporaria las actividades, conforme a la evaluación del riesgo epidemiológico, de conformidad con la normativa vigente. Solo en caso de haber dispuesto por sí la suspensión de clases, podrán disponer por sí su reinicio, según la evaluación de riesgo.

“El personal directivo, docente y no docente y los alumnos y las alumnas y su acompañante en su caso-, que asistan a clases presenciales y a actividades educativas no escolares presenciales, quedan exceptuados y exceptuadas de la prohibición del uso del servicio público de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional, según corresponda y a este solo efecto, conforme con lo establecido en las resoluciones enunciadas.

“Establécese, en el aglomerado del ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), según está definido en el artículo 3° del Decreto Nº 125/21, la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive. “

En los considerandos del decreto 241/21, mencionó que "al 14 de abril de 2021, la tasa de incidencia acumulada para ARGENTINA es de CINCO MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS (5736) casos cada CIEN MIL (100.000) habitantes; la tasa de letalidad alcanza a DOS COMA DOS POR CIENTO (2,2%) y la tasa de mortalidad es de MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE (1287) fallecimientos por millón de habitantes", y que "actualmente, el aumento de casos se registra en casi todas las jurisdicciones del territorio nacional y más del CINCUENTA POR CIENTO (50%) de los nuevos casos se concentran en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA) ".

Subrayó que "luego de SIETE (7) días de dictado el Decreto Nº 235/21 y en el marco de la evaluación diaria de la situación sanitaria y epidemiológica del ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), se ha adoptado la decisión de implementar nuevas medidas focalizadas en este territorio tendientes a disminuir la circulación de personas y, por lo tanto, la circulación del virus. El crecimiento exponencial de contagios que se ha observado en los últimos días, proyectado hacia las próximas semanas, evidencia un panorama inquietante con riesgo de saturación del sistema de salud y de aumento de la mortalidad, lo que amerita el establecimiento de medidas urgentes destinadas a evitar estas gravosas consecuencias".

Así, justificó la adopción de medidas relativas al horario de restricción de la circulación de personas, al horario de cierre de bares, restaurantes y locales comerciales en general y a la suspensión del funcionamiento de shoppings y centros comerciales y de las actividades deportivas, recreativas, sociales, culturales y religiosas que se realicen en ámbitos cerrados, actividades -todas ellas- que estimó que "movilizan un número importante de personas o se desarrollan en espacios cerrados", motivos que "elevan el riesgo de transmisión del virus SARS-CoV-2 y su suspensión, además, también coadyuva a la disminución de la circulación de personas y, por lo tanto, del virus".

A renglón seguido, entendió "necesario, además de la adopción de las medidas mencionadas, suspender en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), a partir del 19 de abril y hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, las clases presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades y las actividades educativas no escolares presenciales".

Al respecto, destacó que "desde el inicio de las actividades escolares presenciales el uso de transporte público de pasajeros y pasajeras en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA) se

incrementó en un VEINTICINCO POR CIENTO (25 %), según datos aportados por el MINISTERIO DE TRANSPORTE de la Nación".

Bajo esa premisa, indicó que "en momentos de alta circulación del virus, la reducción transitoria de la circulación de personas en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), relacionadas con las actividades de educación presencial, coadyuva a ralentizar la velocidad de transmisión del virus en un momento de crecimiento exponencial de casos en la región y ante la necesidad de prevenir la saturación del sistema de salud".

A continuación, mencionó que "el grupo de personas de SEIS (6) a DIECISIETE (17) años, entre las semanas UNO (1) a CUATRO (4) del año representaba el CINCO COMA TRES POR CIENTO (5,3%) del total de casos confirmados y entre las semanas DOCE (12) a CATORCE (14) representó el SIETE COMA TRES POR CIENTO (7,3%) del total de casos", y que "al evaluar la proporción de casos que representa cada grupo de edad sobre el total notificado, los grupos de edad de TRECE (13) a DIECIOCHO (18) años y de VEINTE (20) a VEINTINUEVE (29) años son los que mayor aumento relativo presentaron en las últimas semanas".

En los mismos considerandos, el Poder Ejecutivo destacó que "se reconoce sin dudas la importancia de la presencialidad en la actividad escolar, pero la situación epidemiológica en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA) demuestra una gravedad que exige la adopción de medidas inmediatas para disminuir la circulación de las personas, con el fin de disminuir, también, la velocidad en el crecimiento de los contagios. Por ese motivo deberán realizarse los mayores esfuerzos, durante las DOS (2) semanas de suspensión de clases presenciales para garantizar el derecho a estudiar con la modalidad virtual, hasta el reinicio posterior luego de transcurrido ese plazo. En este sentido se comparte el criterio de que la suspensión de la presencialidad en las aulas debe llevarse adelante por el menor tiempo posible, tal como han indicado prestigiosos organismos vinculados a los derechos de niños, niñas y adolescentes, como UNICEF y la Sociedad Argentina de Pediatría".

Finalmente, en lo que se refiere a la cuestión en examen, concluyó en que "las medidas temporarias, intensivas, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan situaciones de mayores riesgos y que generan gran movilidad de personas se adoptan para mitigar el incremento exponencial de casos de COVID-19".

-VIII-

Sentado lo anterior, considero que la primera cuestión a dilucidar consiste en determinar si la norma impugnada afecta la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, consagrada en el artículo 129 de nuestra Norma Fundamental.

Como sustento liminar para el estudio del planteo de inconstitucionalidad, es preciso indicar que la Constitución Nacional realiza un reparto de atribuciones que determina la existencia de básicamente dos bloques de competencias -el de las esferas de gobierno local y el del Estado federal- y establece facultades exclusivas, delegadas, reservadas y concurrentes.

Así, son facultades exclusivas los poderes delegados a la Nación y prohibidos a las provincias (art. 126 de la Constitución) y los poderes reservados a las provincias (art. 121 id.), en tanto que constituyen facultades concurrentes aquellas que pueden ser ejercidas por la Nación y por las provincias.

Cabe recordar que la Corte ha puesto de resalto las especiales características con que la Constitución Nacional ha revestido la configuración política institucional de naturaleza federal, la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquélla de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales, incluso del GCBA, y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse (Fallos: 334:891; 338:1183 y 342:2256).

Los sujetos de esta relación, en nuestro medio, son "las unidades orgánicas e indestructibles con poderes inherentes, que componen la Nación" (González Calderón, Juan A. "Derecho Constitucional", Imprenta Buenos Aires, G. Kraft, 1943).

Corresponde señalar que las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, no han hecho variar este criterio, antes bien, lo han acentuado. Pedro José Frías, al evaluar la incidencia de la reforma constitucional en el capítulo federal, pone de resalto el carácter contractual antes que estático del actual federalismo; la mayor participación de las provincias y de los órganos legislativos; la promoción del desarrollo humano con justicia social; las bases de la educación con identidad y pluralidad cultural; los poderes de policía e imposición de las provincias en los establecimientos de utilidad na-

cional en tanto no interfieran en sus fines; transferencias con reasignación de recursos; el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales; su derecho a conservar organismos de seguridad social para sus empleados públicos y profesionales ("El Federalismo en la Reforma Constitucional", La Ley, Tomo 1994 D. Sec. Doctrina, págs. 1123 y ss.).

La realización de las competencias concurrentes que la reforma constitucional ha afianzado en los artículos 41, 43, 75, incisos 17, 19 y 30, y 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la salud pública, sin perjuicio del poder de policía de salubridad que, en primer término, está en cabeza de las provincias (Fallos: 338:1110 y 1183).

Así lo ha entendido la Corte Suprema -en composiciones que se remontan casi al origen de nuestra organización institucional, 1869- cuando expuso que "es un hecho y también un principio constitucional, que la policía de las provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos" (texto citado en el primer fallo mencionado en el párrafo anterior).

En esa inteligencia, las obligaciones que atañen a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación. Es que, en la dinámica de la distribución de competencias en el campo de la salud, entre ambas jurisdicciones (Estado Nacional, por un lado, y provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el otro), la tendencia que prevalece es el abandono de la técnica de la separación absoluta de aquéllas entre el Estado central y sus miembros –sus competencias exclusivas–, para afianzar el esquema de las compartidas o concurrentes.

Dicho lo expuesto, en el presente caso no puede prescindirse del contexto en el cual se desenvuelven las tensiones entre los gobiernos locales y la Nación, como rasgo propio del proceso federal, que implica reconocer que el federalismo no es ya estático, sino que permite avanzar en la concreción de políticas interjurisdiccionales y una línea de gestión intergubernamental. Sobre la base de esta interpretación, las relaciones y convergencias entre distintos niveles de gobierno resignifican las políticas públicas en orden a la protección de derechos fundamentales, en áreas tales como la salud, o en su caso –y valga sólo

a título ejemplificativo– en materias como el medio ambiente, en el que se prevé la competencia provincial de acuerdo a específicas circunstancias locales (art. 41, Constitución Nacional).

A partir de estas pautas, cabe destacar que la tutela del derecho a la salud es una manda consagrada por la Constitución Nacional (arts. 5º, 42 y 121), por los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema; art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º de los arts. 4º y 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; inc. 1º, del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; ver Fallos: 330:4647, y causa CSJ 670/2006 (42S)/CSJ "Sánchez, Elvira Norma c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro", sentencia del 15 de mayo de 2007).

Al respecto, esa Corte tiene dicho que la salud está íntimamente relacionada con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; el hombre es el eje y centro del sistema jurídico en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (doctrina de Fallos: 329:4918).

En relación con estos derechos (salud y vida), si bien los conflictos normativos e interjurisdiccionales son inevitables en el concierto de competencias concurrentes o compartidas en este campo, en la materia cabe seguir la regla pro homine que da preferencia a la aplicación de aquella norma que mejor garantiza la plena realización del derecho en cuestión.

Este ámbito presenta dos perfiles delimitables: el primero, integrado por algunas obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada, ya sea por terceros -por el Estado u otros particulares- entendidas por tales como obligaciones negativas, el segundo por otros factores controlables -tales como epidemias, prevenir enfermedades evitables mediante la implementación de campañas de vacunación- que son obligaciones positivas.

De allí que la relación entre el Estado, el GCBA y las provincias, o indistintamente entre cada uno de ellos, en lo que hace a la protección de la salud, debe estar fundada en la cooperación, atendiendo, primor-

dialmente, a la dinámica de los cambios que se producen día a día en la evolución de las enfermedades.

De lo expuesto se colige que el poder de policía en materia de salud, si bien debe ser ejercido en principio por los entes locales, es una competencia concurrente entre Nación, provincias y Ciudad de Buenos Aires en determinadas circunstancias. De ello se deriva que la primera puede regular en materia de salud para un ámbito interjurisdiccional (en el caso, el AMBA), cuando existen razones de emergencia como las que se viven actualmente debido a la pandemia y la posibilidad de mayor transmisión del virus COVID 19 por motivos fácticos, tales como el uso del transporte entre jurisdicciones y la misma forma de propagación del virus, que no reconoce fronteras territoriales, lo que conduce a que sea el Estado Nacional el competente para regular la materia en cuestión en estas circunstancias, de tal modo que no se viola por ello la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, que conserva su competencia concurrente en materia de salud en lo que se limita a su jurisdicción y no tiene efectos más allá de ella.

Entiendo que no obsta a esa conclusión el hecho de que esté en juego la regulación de la educación pues, al tratarse en este caso de la primacía de la conservación de la salud y a la vida como derechos que posibilitan el disfrute de otros, debe prevalecer la competencia del Estado Nacional para su regulación, sin que se afecte por ello la autonomía de la Ciudad. En este sentido, cabe recordar que la ley 26.206, de Educación Nacional, establece que el Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de manera concertada y concurrente, son los responsables de la planificación, organización, supervisión y financiación del Sistema Educativo Nacional. Garantizan el acceso a la educación en todos los niveles y modalidades, mediante la creación y administración de los establecimientos educativos de gestión estatal (art. 12). Por su parte, en el artículo 121 se dispone que los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cumplimiento del mandato constitucional, deben: a) Asegurar el derecho a la educación en su ámbito territorial. Cumplir y hacer cumplir la presente ley, adecuando la legislación jurisdiccional y disponiendo las medidas necesarias para su implementación; b) Ser responsables de planificar, organizar, administrar y financiar el sistema educativo en su jurisdicción, según sus particularidades sociales, económicas y culturales. Como se advierte, ni de la Constitución ni de la ley surge que la Ciudad pueda abstenerse, al momento de organizar y regular la educación en el ámbito de su jurisdicción, de cumplir con normas nacionales dictadas en una situación de emergencia para atender a la

preservación de la salud y de la vida, por lo cual el ejercicio del poder de policía de salud en estas circunstancias no altera su autonomía.

-IX-

Ahora bien, esta competencia regulatoria, limitativa de derechos, corresponde, según el orden constitucional, al Congreso de la Nación (art. 14 de la Constitución Nacional).

Sin embargo, el Poder Ejecutivo Nacional fundó su competencia para dictar el decreto 241/2021 en las facultades que excepcionalmente le confiere la Constitución Nacional en el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional.

Por ello, es necesario dilucidar si, en el caso, concurrían las razones de necesidad y urgencia que posibilitaran al Poder Ejecutivo Nacional suspender el dictado de las clases presenciales mediante el empleo de aquella vía.

Respecto a dicha atribución, V.E. se ha pronunciado en el precedente "Peralta" (Fallos: 313:1513) al expresar que, en el ámbito de la legislación de emergencia, la validez constitucional de un decreto de necesidad y urgencia se encontraba condicionada a la existencia de una situación de grave riesgo social frente a la cual haya existido la necesidad de adoptar medidas súbitas cuya eficacia no es concebible por el trámite ordinario previsto en la Constitución para la sanción de las leyes (conf. args. también en Fallos: 333:1928).

Vale recordar que el principio que organiza el funcionamiento del estatuto del poder es la división de funciones y el control recíproco, esquema que no ha sido modificado por la reforma constitucional de 1994. Así, el Congreso Nacional tiene la función legislativa, el Poder Ejecutivo dispone del reglamento y el Poder Judicial dicta sentencias, con la eminente atribución de ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, no puede sostenerse, en modo alguno, que el Poder Ejecutivo puede sustituir libremente la actividad del Congreso o que no se halla sujeto al control judicial (Fallos: 333:633).

En este orden de ideas, es menester señalar que el referido artículo 99, inciso 3°, luego de la reforma constitucional del año 1994, señala que el Poder Ejecutivo sólo podrá emitir disposiciones de carácter legislativo "… cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos". Estos

decretos "serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros".

No puede dejar de advertirse, entonces, que el constituyente de 1994 explicitó en el artículo 99, inciso 3°, del texto constitucional, estándares judicialmente verificables respecto de las situaciones que deben concurrir para habilitar el dictado de disposiciones legislativas por parte del Presidente de la Nación. El Poder Judicial deberá entonces evaluar si las circunstancias invocadas son excepcionales, o si aparecen como manifiestamente inexistentes o irrazonables, en cuyo caso la facultad ejercida carecerá del sustento fáctico constitucional que lo legitima (Fallos: 333:633).

A esos efectos, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto (Fallos: 338:1048).

En este entendimiento, V. E. resolvió, en el precedente "Verrochi" (Fallos: 322:1726), que para que el Ejecutivo pudiera ejercer válidamente las facultades legislativas excepcionales –que, en principio, le son ajenas– era necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: a) que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto en la Constitución, o b) que la situación que requiere solución sea de una urgencia tal que deba tratarse inmediatamente en un plazo incompatible con el trámite normal de una ley.

El examen de la necesidad y urgencia exigidos por la Constitución Nacional para habilitar el dictado de decretos en los términos del artículo 99, inciso 3°, se basa también en lo dicho por V.E. en la causa "Lee Carlos c/ Provincia de Formosa", en la que recordó lo señalado en la sentencia del 10 de septiembre de 2020 dictada en autos "Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva", en cuanto a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 9 de abril de 2020, había emitido una Declaración titulada "COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales", a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están

realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal. Entre las consideraciones particulares incluidas en dicha declaración, la Corte destacó, por su atinencia al caso y en tanto la compartía, que: "Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos".

Con el fin de verificar la aplicación de tales criterios al *sub lite,* corresponde recordar, una vez más, que mediante el decreto 241/2021 el Poder Ejecutivo Nacional sustituyó el artículo 10 del decreto 235/21 y, en lo que aquí interesa, estableció en el aglomerado denominado Área Metropolitana de Buenos Aires "la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive".

En la motivación de ese punto, el Poder Ejecutivo sostuvo:

"Que, en este contexto, también resulta necesario, además de la adopción de las medidas mencionadas, suspender en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), a partir del 19 de abril y hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, las clases presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades y las actividades educativas no escolares presenciales".

- "Que desde el inicio de las actividades escolares presenciales el uso de transporte público de pasajeros y pasajeras en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA) se incrementó en un VEINTICINCO POR CIENTO (25 %), según datos aportados por el MINISTERIO DE TRANSPORTE de la Nación".

- "Que, en momentos de alta circulación del virus, la reducción transitoria de la circulación de personas en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), relacionadas con las actividades de educación presencial, coadyuva a ralentizar la velocidad de transmisión del virus en un momento de crecimiento exponencial de casos en la región y ante la necesidad de prevenir la saturación del sistema de salud".

- “Que el grupo de personas de SEIS (6) a DIECISIETE (17) años, entre las semanas UNO (1) a CUATRO (4) del año representaba el CINCO COMA TRES POR CIENTO (5,3 %) del total de casos confirmados y entre las semanas DOCE (12) a CATORCE (14) representó el SIETE COMA TRES POR CIENTO (7,3 %) del total de casos”.

- “Que, al evaluar la proporción de casos que representa cada grupo de edad sobre el total notificado, los grupos de edad de TRECE (13) a DIECIOCHO (18) años y de VEINTE (20) a VEINTINUEVE (29) años son los que mayor aumento relativo presentaron en las últimas semanas”.

- “Que se reconoce sin dudas la importancia de la presencialidad en la actividad escolar, pero la situación epidemiológica en el ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA) demuestra una gravedad que exige la adopción de medidas inmediatas para disminuir la circulación de las personas, con el fin de disminuir, también, la velocidad en el crecimiento de los contagios. Por ese motivo deberán realizarse los mayores esfuerzos, durante las DOS (2) semanas de suspensión de clases presenciales para garantizar el derecho a estudiar con la modalidad virtual, hasta el reinicio posterior luego de transcurrido ese plazo. En este sentido se comparte el criterio de que la suspensión de la presencialidad en las aulas debe llevarse adelante por el menor tiempo posible, tal como han indicado prestigiosos organismos vinculados a los derechos de niños, niñas y adolescentes, como UNICEF y la Sociedad Argentina de Pediatría”.

- “Que las medidas temporarias, intensivas, focalizadas geográficamente y orientadas a las actividades y horarios que conllevan situaciones de mayores riesgos y que generan gran movilidad de personas se adoptan para mitigar el incremento exponencial de casos de COVID19”.

En este marco, y en atención a la doctrina del Tribunal en referencia a los decretos de necesidad y urgencia, considero que los argumentos expuestos en la norma impugnada no alcanzan para fundar un estado de necesidad que permita legitimar la suspensión de la concurrencia a los establecimientos educativos en todos sus niveles.

Así lo creo, pues no ha sido debidamente acreditado que el dictado de clases presenciales haya sido la causa del agravamiento de la situación sanitaria a la que aludió el decreto impugnado, en cuyos considerandos se efectúan afirmaciones genéricas acerca de la necesidad de reducir la circulación de personas y el uso del transporte público, sin precisar adecuadamente la supuesta relación directa e inmediata

entre las actividades de educación presencial y el crecimiento exponencial de casos en la región.

En efecto, si se compara lo expresado en el decreto 241/21 y su similar 235/21, dictado una semana antes, se advierte que si bien la tasa de incidencia acumulada para el país se incrementó de 5.280 a 5.736 casos cada 100.000 habitantes entre el primero y el segundo, no se menciona si la cantidad de testeo aumentó o se mantuvo en ese período, mientras que la tasa de letalidad que era del 2,3% al 8 de abril, bajó al 2,2% al 15 de abril.

Por otra parte, cabe destacar que en el decreto 235/21, que como he señalado había resuelto mantener "las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales", se dice que más del 60% de los nuevos casos correspondían al AMBA, mientras que al momento de dictar el decreto 241/21 aquél había bajado a más del 50%.

A lo expuesto cabe agregar que tampoco permite tener por acreditada la necesidad de restringir el acceso a los establecimientos educativos sin cumplir con el trámite legislativo pertinente, lo afirmado en los considerandos de la norma atacada en cuanto al incremento de la representación en los casos confirmados de los menores entre seis (seis) y diecisiete (17) años, ni que "los grupos de edad de TRECE (13) a DIECIOCHO (18) años y de VEINTE (20) a VEINTINUEVE (29) años son los que mayor aumento relativo presentaron en las últimas semanas".

Pienso que ello es así ya que el decreto no alude ni demuestra, como era menester, que los aumentos de los contagios en esas franjas etarias hayan obedecido a la realización de clases presenciales. En este punto debe reparase que la ocurrencia del aumento de casos en los menores arriba individualizados, puede ser la consecuencia de una pléyade de causas o concausas y no necesariamente derivar de la asistencia a los establecimientos educativos. Por lo tanto, la necesidad de suspender la presencialidad escolar requería un análisis más profundo sobre este último punto.

No cambia lo expuesto, el motivo referido al acrecentamiento de la utilización del transporte público de pasajeros, pues la norma no discierne entre la situación imperante en la Provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En efecto, una decisión restrictiva de derechos como la adoptada requería un estudio pormenorizado en el que se analizara si, con el fin de disminuir el uso del transporte público de pasajeros, la suspensión de la presencialidad era necesaria en todo el AMBA o en algunas zonas determinadas de este aglomerado.

Aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no lo es menos que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto. Los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance (Fallos: 343:1704).

En este sentido y en lo vinculado a este último aspecto también se advierte que desde el regreso a la modalidad presencial del dictado de clases, siempre se les confió a los gobiernos locales su eventual suspensión temporaria así como su reinicio, de acuerdo con la evaluación que sus titulares realizaran del riesgo epidemiológico. Sin embargo, ese criterio fue modificado por el mismo Estado nacional sin que se aprecien fundamentos acerca de los motivos por los cuales asumió facultades en relación con una actividad que antes había dejado en manos de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, y sólo en relación con una región que comprende a esta última.

Lo expuesto adquiere mayor relevancia aún, si se tiene presente que el derecho vulnerado por la norma impugnada es el referido al acceso a la educación.

Así, el artículo 14 de la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes del país, el derecho de aprender (consagrado conjuntamente al de enseñar), que abarca, en el ámbito de la educación formal, el acceso a tal educación así como a no ser discriminado en ninguna de las etapas del aprendizaje. La trascendencia de la educación se evidencia al considerar sus dimensiones en tres diferentes escalas: la escala personal, la social y la cívica. En su escala personal, el proceso educativo debe permitir desarrollar en el ser humano sus potencialidades intelectuales y sus destrezas o habilidades psicomotrices. Para ello es necesario orientar la educación hacia la formación de un espíritu crítico, destinado a pensar, a discernir y a comprender. En su dimensión social, se concluye que la fortaleza de los países no puede ser ponderada exclusivamente con base en indicadores macroeconómicos sino en aspectos culturales, educativos, institucionales y sociales de la población concernida, lo que decanta en la trascendencia de la educación en el desarrollo humano. Como ha afirmado José Manuel Estrada, “del cultivo del espíritu no sólo se sigue la vigorización del individuo; se sigue la vigorización de la sociedad” (Curso de Derecho Constitucional, Científica Literaria Argentina, Buenos Aires, 1927, T.1, p. 246). Finalmente, desde la dimensión cívica, la educación constituye un elemento determinante del espíritu crítico necesario para el desa-

rrollo del proceso deliberativo previo a la toma de decisiones públicas por una comunidad en un sistema democrático.

Es menester recordar que, mediante el artículo 75, inciso 19, de la Constitución Nacional, se confirió al Congreso de la Nación la competencia para sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unión nacional y que respeten las particularidades provinciales y locales, así como se le impuso, entre otras obligaciones, asegurar la responsabilidad indelegable del Estado y la participación de la familia y la sociedad a fin de organizar la educación.

Por mandato de la Constitución Nacional, el Congreso está obligado a definir el modelo institucional de manera que asegure la vigencia de determinados principios y garantías que también se hallan insertos en dicha Carta y en los tratados que ella prevé, tales como la igualdad de oportunidades y posibilidades, la no discriminación y el derecho de enseñar y aprender (doctrina de Fallos: 322:919). En función de dicho cometido, el Congreso Nacional sancionó la Ley de Educación Nacional (26.206) que, entre otros principios, establece que el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias" (art. 4°). Asimismo, dispone que el Estado debe garantizar el ejercicio del derecho constitucional de enseñar y aprender y que son responsables de las acciones educativas el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los términos fijados por el artículo 4°; los municipios, las confesiones religiosas reconocidas oficialmente y las organizaciones de la sociedad; y la familia, como agente natural y primario (art. 6°).

En el mismo orden de ideas, cabe destacar que la tutela preferente de los menores recibe reconocimiento expreso en un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, conforme al artículo 75, inciso 22, de la norma fundamental nacional. En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección. Con miras a ese cuidado, la Convención sobre Derechos del Niño consagra la noción del interés superior del niño, como un principio rector de la normativa particular y como una consideración primordial en la adopción de las medidas que deban ser tomadas por los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, proporcionando un parámetro objetivo que permite resolver cuestiones en las que están

comprometidos los menores atendiendo a aquella solución que les resulte de mayor beneficio (arts. 3° de la referida Convención y 3° de la ley 26.061, y Fallos: 342:459, considerando 14 y voto del juez Rosatti, considerando 12).

De lo expuesto se advierte que la educación es la base del desarrollo personal del ser humano, por ello el Estado tiene el deber indelegable de garantizar el pleno ejercicio de ese derecho y estructurar un sistema educativo permanente.

Así entonces, y tomando en consideración los motivos informados en el decreto impugnado como así también el rol preponderante que ocupa el derecho a la educación en nuestro esquema constitucional, considero que las medidas adoptadas mediante el artículo 2°, último párrafo, del decreto 241/21, en lo que concierne a la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en el aglomerado denominado AMBA, no fueron adecuadamente fundadas puesto que, sin desconocer la situación epidemiológica por la que se atraviesa, tienen por objeto restringir el derecho fundamental a la educación que la actora debe garantizar en atención a las normas vigentes que así lo disponen (v. Constitución Nacional y ley 26.206),

En este contexto, entiendo, entonces, que no es posible concluir en que fuera necesaria la adopción de medidas inmediatas que tengan por efecto suspender la concurrencia a los diferentes establecimientos educativos ubicados en el AMBA, pues no se ha demostrado el riesgo existente en ese sector ni cómo, en su caso, eso podría comprometer el interés general.

No se desconoce el enorme esfuerzo realizado por directivos, docentes, alumnos y sus grupos familiares para sostener el proceso pedagógico y garantizar el derecho a la educación en el contexto de la pandemia por el COVID-19 y la suspensión de clases presenciales dispuesta en el contexto del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO), el cual quedó demostrado durante 2020.

No obstante, documentos del Ministerio de Educación de la Nación muestran las dificultades que enfrenta la virtualidad en el proceso educativo para garantizar efectivamente el derecho de niños, niñas y adolescentes a acceder a la educación en sus diversos niveles. Así resulta de los informes preliminares de la Evaluación Nacional del Proceso de Continuidad Pedagógica- elaborada a partir de encuestas a equipos directivos y hogares (https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resumen_de_datos_informes_preliminares_directivos_y_hogares_0.pdf) y a

docentes (https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/datos_destacados_encuesta_a_docentes_enpc p.pdf).

De la lectura de la primera de esas encuestas se desprende que, aunque todas las escuelas llevaron adelante propuestas de continuidad pedagógica (con disparidades en el tiempo que les demandó organizar la continuidad escolar -79% de los establecimientos lo logró en menos de dos semanas de suspendidas las clases presenciales, 16% tardó alrededor de un mes y un 5% aún no lo había conseguido al tiempo de la encuesta, realizada en junio de 2020-) y, coincidentemente, el 95% de las familias declaró que sus hijos recibieron propuestas pedagógicas durante todo el período del ASPO, los resultados de tales relevamientos permitieron concluir en que " (l)as disparidades en las experiencias de educación remota que atravesaron los estudiantes está condicionada, en gran medida, por los recursos disponibles en los hogares: menos de la mitad de ellos cuenta con acceso fijo de buena calidad en la señal a Internet, 3 de cada 10 de hogares no tienen acceso fijo a Internet: 27% accede sólo por celular y 3% no tiene internet de ningún tipo. En hogares con Internet fija, la tercera parte tiene problemas en la señal. El 53% no cuenta con una computadora liberada para uso educativo. El piso tecnológico de los hogares que asisten a escuelas del sector privado duplica al de los que asisten al sector estatal. La dotación de recursos tecnológicos para sostener la actividad educativa en los hogares es desigual según la condición económica y las regiones del país".

Como resultado de ese relevamiento, asimismo, se remarcó que " (l)os equipos directivos también señalaron problemas en las condiciones de acceso a recursos tecnológicos: 79% indicó que las y los directores y docentes tenían limitaciones de conectividad y un 66% identificó problemas con el equipamiento. (...) En todos los casos analizados, las directoras y los directores de las escuelas privadas manifiestan una mayor frecuencia de comunicación con las y los estudiantes en comparación con las escuelas de gestión estatal. Lo mismo sucede entre las escuelas urbanas respecto de las rurales. Mientras que en el sector privado cerca del 90% de las escuelas mantuvo contacto con sus estudiantes más de una vez por semana; entre las escuelas del sector estatal, con alta inserción territorial en áreas de menor conectividad (localidades pequeñas y rurales) y la mayor cobertura de sectores sociales de menores ingresos (con menor conectividad), esa frecuencia de contacto desciende al 70%. El teléfono celular fue la vía de comunicación más utilizada para los intercambios entre docentes, estudiantes y familias, en todos los niveles

de enseñanza, territorios y sectores sociales. El uso de medios que permiten una comunicación sincrónica expresa grandes diferencias según sector de gestión y ámbito, tanto desde la mirada de los equipos directivos como desde los hogares: *Plataformas para reuniones virtuales: 17% de directivos del sector estatal afirmó que las utiliza, mientras la proporción ascendió al 73% entre directivos de escuelas privadas. Un 8% de los directivos del ámbito rural y 44% en el ámbito urbano. *Plataformas educativas: 6% de uso entre las escuelas estatales y 30% en el sector privado, según las y los directores. *Sólo 1 de cada 4 familias tuvo comunicación con la escuela a través de videoconferencias o de plataformas educativas genéricas".

Por otra parte, la encuesta a docentes arrojó como resultados "que el medio de comunicación más utilizado en nivel inicial y primario fue el teléfono celular, ya sea para enviar mensajes de texto vía SMS o WhatsApp (81% y 89%) como para realizar llamadas (50% y 65%). En el nivel secundario, el celular también fue el medio más usado pero solo para mensajes de texto o WhatsApp (75%), mientras que el segundo medio más usado fue el correo electrónico, cuestión que puede asociarse a la edad de los y las estudiantes y al manejo autónomo de este tipo de herramientas. En el mismo nivel, se destaca el uso de plataformas educativas como Google Classroom o Moodle, señalado por el 59% de los y las docentes. Las plataformas para reuniones virtuales fueron el medio elegido por un tercio de los y las docentes en los tres niveles de enseñanza, dato que debe leerse a la luz de la disponibilidad, no solo de teléfonos celulares u otros dispositivos tecnológicos, sino de la calidad de la conexión a internet. El uso de estas plataformas presenta fuertes disparidades entre las escuelas del sector de gestión estatal y privada. En efecto, se percibe una diferencia de 50 puntos porcentuales entre los y las docentes que escogen las plataformas para reuniones virtuales en las escuelas estatales del nivel inicial y primario en relación a las escuelas privadas. Esta diferencia se reduce a casi 40 puntos porcentuales en el nivel secundario".

Esta encuesta a docentes también mostró que " (l)a dificultad más frecuentemente señalada por las y los docentes en el desarrollo de su propuesta de enseñanza fue el logro de la participación activa por parte de sus estudiantes en las actividades propuestas. En segundo lugar, se señaló como dificultad el contacto con las y los estudiantes/familias por falta de datos y/o por la lejanía de sus hogares. Si se analiza esta dificultad según sector de gestión, se observa que para las y los docentes del sector estatal este problema se duplica en relación a sus pares del sector de gestión privada. Una brecha simi-

lar se advierte entre las respuestas de docentes del ámbito urbano y rural en nivel inicial y primario".

Los datos recolectados permitieron señalar que "(l)as dos dificultades mayormente mencionadas [por los docentes] para llevar adelante el proceso de enseñanza durante la pandemia son tecnológicas: falta o limitaciones en la conectividad a internet (62%) y limitaciones de recursos electrónicos (59%). En tanto, sólo un tercio (36%) señaló dificultades respecto a poder compatibilizar las tareas laborales con las domésticas o de cuidado. En las escuelas secundarias y en las privadas, estas últimas dificultades fueron mencionadas con mayor frecuencia. (…) Si bien la mayoría de las y los consultados (92%) señaló tener una computadora en el hogar (de escritorio o portátil), sólo un tercio de docentes (37%) dispone de ese equipamiento para su uso exclusivo algo que, en el actual contexto, se transformó en una limitación para el desarrollo de la enseñanza desde la propia casa. (…) Por otra parte, dos tercios de los y las docentes tiene problemas con la conectividad o directamente no tiene conectividad inalámbrica a internet (wifi)".

En relación con las dificultades de los estudiantes, la encuesta a docentes muestra que "(a)l igual que lo que consignaron en sus propios hogares, las y los docentes ubicaron en primer lugar la conectividad y el equipamiento tecnológico como principales dificultades de sus estudiantes para seguir la propuesta educativa en el período del cierre de escuelas. Asimismo, en tercer lugar se destacó la poca experiencia en el uso de recursos electrónicos y digitales y casi en la misma proporción las dificultades socioeconómicas. En cuanto a las dificultades de conectividad y equipamiento, el problema es más señalado en secundaria que en el nivel inicial. A nivel agregado las limitaciones de conectividad a internet muestran una importante brecha por sector de gestión: 92% en estatal y 70% en privada. Respecto a las dificultades socioeconómicas, estas diferencias aumentan: 64% en estatal y 19% en privada".

En suma, la información recogida por el Ministerio de Educación de la Nación permite afirmar que, aun con el ingente esfuerzo llevado a cabo por el cuerpo directivo y docente del sistema educativo inicial, primario y secundario, tanto de gestión estatal como privada, las dificultades derivadas especialmente de la falta de medios tecnológicos disponibles para docentes y alumnos, que se ven acentuadas en el caso de educadores y alumnos de escuelas de gestión estatal, constituyen un enorme obstáculo para que la enseñanza virtual reemplace en forma eficaz a la presencialidad escolar, de modo de garantizar aca-

badamente el derecho a la educación consagrado por el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Por esas razones, no cabe tener por configurada en el sub examine la existencia de circunstancias fácticas que el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, describe con rigor de vocabulario (Fallos: 322:1726 cit.), circunstancia que -en mi parecer- de manifiesto la invalidez constitucional de la norma impugnada por la actora.

-X-

A lo largo de este dictamen se ha destacado el carácter cooperativo y no competitivo que define nuestro régimen federal, del que se derivan los principios de naturaleza constitucional que informan el concepto de federalismo de concertación. Éstos subyacen en el texto de la ley 26.206 de Educación Nacional en cuanto establece la responsabilidad concertada y concurrente del Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la planificación, organización, supervisión y financiación de un sistema educativo nacional capaz de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos los habitantes de la Nación.

Pienso que el hecho de que esta decisión se haya tomado primordialmente por motivos sanitarios y en ejercicio de facultades que, por lo demás, también ejerce de manera concurrente la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Fallos: 338:1110), no impide apartarse del paradigma del federalismo concertado que debe primar en las relaciones interjurisdiccionales, especialmente si se presentan desacuerdos razonables o fricciones que la realidad impone y que no siempre se pueden evitar cuando coexisten dos gobiernos que actúan directamente sobre el mismo pueblo (K.C. Wheare, Federal Government, Londres, 1947, citado por Linares Quintana, Segundo en Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Tomo II, Buenos Aires, 1970, pág. 102).

De hecho, como lo comprueban los antecedentes normativos expuestos, muchas de las cuestiones sanitarias vinculadas con el sistema educativo fueron consideradas en el marco del Consejo Federal de Educación, lo que permitió incorporar la necesaria perspectiva de las jurisdicciones locales en la delicada tarea de armonizar el interés superior del estudiante con los aspectos generales de la salud pública.

Es innegable que, con frecuencia, en el sistema federal la delimitación de las competencias de los distintos niveles de gobierno es, no pocas veces, ambigua, vaga y a veces en apariencia contradictoria, y que, en palabras del entonces difundido informe Rowell-Sirois sobre

las provincias canadienses, "ni aun el mayor cuidado al determinar la división de los poderes en un esquema federal evitará dificultades cuando la división se aplica a la variedad y complejidad de las relaciones sociales" (op. cit. p. 126). También es cierto que esa dificultad intrínseca es aún mayor en tiempos de guerra, crisis o emergencia (p. 129). En paralelo, debe tenerse en cuenta que -como ya dije- uno de los propósitos de la reforma constitucional de 1994 fue el fortalecimiento del federalismo, pues se observaba ya con preocupación un largo proceso en el que el comportamiento federal había reacomodado las pautas y las normas más a favor de la centralización que de la descentralización; más a favor de la dependencia de las provincias que de la convergencia concertada, más con tendencia a priorizar las competencias federales que coordinarlas con las provincias (Bidart Campos, "El federalismo argentino desde 1930 hasta la actualidad", en "Federalismos Latinoamericanos: México, Brasil, Argentina", Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 366).

Estas consideraciones adquieren especial relevancia frente al contexto epidemiológico actual, cuando es público y notorio que, en los últimos días, la situación se ha agravado debido a la propia dinámica y cambiantes características de la situación de la epidemia.

-XI-

En estos términos, doy por contestada la vista conferida. Buenos Aires, 29 de abril de 2021. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 4 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", de los que

Resulta:

I) El día 16 de abril del corriente año se presentó el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires e inició una acción declarativa en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de

la Nación contra el Estado Nacional, a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 2º del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 241/2021 del Poder Ejecutivo Nacional, que modificó lo dispuesto en el art. 10 del decreto 235/2021 y estableció –en su último párrafo– la suspensión del dictado de clases presenciales y de las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, en el ámbito del aglomerado urbano denominado "Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)" definido en el art. 3º del decreto 125/2021.

Después de justificar su legitimación en el caso, así como el cumplimiento de los recaudos de admisibilidad de la acción entablada, en relación al fondo de la cuestión debatida afirmó, en lo sustancial, que la norma impugnada viola de manera flagrante lo dispuesto por la Constitución Nacional, en cuanto garantiza el respeto de la autonomía de las provincias mientras estas aseguren la educación primaria (art. 5º), y garantiza y establece específicamente la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129).

Destacó que el DNU cuestionado no presenta ninguna prueba o estudio para justificar la decisión adoptada con relación a un territorio que, si bien es la sede del gobierno federal, tiene en materia de salud y educación sus propias facultades autónomas, que no pueden verse avasalladas de manera arbitraria e injustificada.

En ese sentido, consideró que el decisorio nacional es inconstitucional por haber sido dictado sin necesidad. Asimismo, entendió que lo que esa norma pretende disponer por vía de DNU debió hacerse con intervención del Congreso Nacional, el que no se encuentra en receso ni impedido de tratar la cuestión en forma inmediata y urgente, sin que existan circunstancias excepcionales que hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes (art. 99, inc. 3º). Agregó que el decreto en cuestión supone una forma vedada u oblicua de intervenir la jurisdicción autónoma de la Ciudad de Buenos Aires lo cual, de ser esa la intención, también debía realizarse mediante la sanción de una ley del Congreso Nacional, ya que este órgano no se encuentra en receso (art. 75, inc. 31, de la Constitución Nacional).

Aseguró que el Poder Ejecutivo Nacional intenta suplantar la voluntad política del gobierno autónomo porteño que, mediante el de-

creto local 125/GCBA/2021, había declarado de máxima esencialidad el ámbito del Ministerio de Educación y de los establecimientos educativos, a fin de preservar su normal funcionamiento con protocolos.

Aludió a la insuficiencia, por los motivos económico-sociales y educativos que señaló, de la escuela virtual para tener por cumplida la obligación de prestar el servicio de educación, y a la evidencia científica que demostraría que la falta de presencialidad ocasiona un grave perjuicio a los niños, niñas y adolescentes en cuanto a su evolución psicológica, interpersonal y social.

Después de recordar que los niños, niñas y adolescentes, a quienes concierne la norma impugnada, son sujetos de especial protección, enumeró diversas disposiciones de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (vigentes por el reenvío del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) en las que se destaca la importancia del derecho a la educación, en tanto tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana; mencionó las recomendaciones de organismos internacionales como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Banco Mundial, según las cuales, frente al aumento sostenido de casos positivos de COVID-19, las escuelas deben ser lo último en cerrarse debido al impacto que produce esta decisión en la continuidad pedagógica de los estudiantes; y sostuvo que la evidencia –tanto local como internacional– da cuenta de que en la escuela los contagios son infrecuentes, y que la educación no sobrecarga el transporte público.

Explicó que las medidas sanitarias que deban adoptarse en los establecimientos educativos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) se encuentran reservadas a su jefe de gobierno y no al Poder Ejecutivo Nacional, por lo que no es posible avalar el ejercicio por parte del Estado Nacional de competencias que se superponen con atribuciones que ya han sido legítimamente ejercidas por las autoridades locales de la Ciudad en uso de su autonomía.

Esgrimió que el art. 129 de la Constitución Nacional solamente limita la autonomía local cuando el ejercicio de sus facultades impida o dificulte aquellas que ejercen las autoridades nacionales, razón por

la cual, al ser la potestad de ejercer el poder de policía en materia de salud y de educación eminentemente local, no puede admitirse la intervención del poder federal en la Ciudad.

Observó que, según lo dispuesto en el art. 2º del DNU 241/2021 (que sustituyó al art. 10 del DNU 235/2021), las provincias pueden decidir sobre la continuidad o suspensión de las clases presenciales, pero la Ciudad no, lo que –a su juicio– constituye una clara violación al principio de igualdad, por evidenciar una discriminación arbitraria con relación a las restantes jurisdicciones locales que traiciona el espíritu del federalismo y lesiona gravemente el necesario equilibrio entre los integrantes de la República.

Insistió en que la norma impugnada es inconstitucional por ser palmariamente contraria al principio de razonabilidad (art. 28 de la Constitución Nacional), toda vez que la suspensión de la presencialidad en las aulas en el ámbito de la CABA no se encuentra fundada en datos empíricos ni científicos, lo que –a su criterio– demuestra que lo decidido se basa únicamente en la voluntad del órgano emisor del decreto.

Finalmente, pidió que se dicte una medida cautelar mediante la cual se disponga la inmediata suspensión de los efectos del art. 2º del DNU 241/2021 en cuanto dispuso la suspensión de las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que se ordene al Estado Nacional abstenerse, hasta el dictado de la sentencia definitiva y firme, de llevar a cabo cualquier conducta que implique ejecutar la norma cuestionada.

II) En la misma fecha, con posterioridad a la presentación reseñada, la parte actora amplió su demanda y acompañó el "Informe Técnico – Diagnóstico Movilidad por motivos educativos" elaborado por la Subsecretaría de Planificación de la Movilidad, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

III) El día 19 de abril el Tribunal declaró su competencia originaria para entender en la presente causa y ordenó correr traslado de la demanda interpuesta en los términos de las normas que regulan el proceso sumarísimo.

IV) En fecha 20 de abril los copresidentes de la "Asamblea Permanente por los Derechos Humanos", invocando dicho carácter, presentaron el escrito titulado "Se presentan como *amicus curiae*", explicando los motivos por los cuales consideran que la entidad que presiden posee un interés legítimo en el asunto y solicitando que se admita su intervención en el proceso en la calidad alegada, en los términos de la acordada 7/2013, a los fines de aportar argumentos jurídicos para la resolución de la cuestión. Dicha presentación fue agregada en el expediente a los fines de ser considerada por el Tribunal en su oportunidad.

V) El día 25 del mismo mes, y alegando la misma condición, se presentaron las personas que allí se identificaron, invocando su condición de integrantes del colectivo denominado "Padres Organizados".

Por su parte, el día siguiente, se efectuaron sendas presentaciones, también como "amigos del tribunal", del presidente de la "Asociación Civil Nace Un Derecho" y del señor Oscar Alfredo Atienza, en su carácter de médico cirujano.

En cada una de las presentaciones referidas los presentantes explicaron los motivos por los cuales consideran poseer un interés legítimo en el asunto y solicitaron que se admita su intervención en el proceso en calidad de *amicus curiae*, en los términos de la citada acordada 7/2013, a los fines de aportar fundamentos para resolver la cuestión aquí planteada.

Dichas presentaciones, al igual que la referida en el punto anterior, fueron agregadas al expediente a los fines de ser consideradas por el Tribunal en su oportunidad.

VI) En fecha 26 de abril el Estado Nacional contestó la demanda y solicitó su rechazo.

En ceñida síntesis, después de efectuar un "señalamiento" respecto de la competencia originaria declarada por esta Corte en la causa y de efectuar una negación genérica y particular respecto de los hechos expuestos en la demanda, defendió la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia federal 241/2021, tanto en su dimensión de legalidad como en la de razonabilidad.

A partir de la situación epidemiológica que describió, intentó justificar el objeto de la norma discutida, así como el ámbito de aplicación territorial decidido para las medidas allí dispuestas ("región del AMBA"). Explicó que la norma, en cuyo eje subyace el fin de restringir el tránsito y la circulación de personas, se dictó en ejercicio de la competencia sanitaria de emergencia.

Finalmente manifestó que no podía dejar de señalarse que "*la CABA ha consentido todos y cada uno de los Decretos dictados entre los años 2020 y 2021, anteriores al DNU N° 241/2021*" (página 71 del escrito de contestación de demanda).

VII) Al día siguiente el Tribunal ordenó correr traslado a la actora de la documental acompañada por el Estado Nacional.

En la misma oportunidad se decidió desestimar la citación obligada de tercero, solicitada por la demandada, respecto de la Provincia de Buenos Aires.

VIII) En fecha 29 de abril el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires respondió el traslado referido en el punto anterior.

En su escrito la actora expuso que los informes acompañados por la demandada no refieren específicamente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sino a la extensión geográfica del "AMBA" que, si bien la abarca, no debe ser contemplada de manera genérica debido a que la situación epidemiológica difiere en las distintas realidades que la comprenden. Sostuvo que corresponde que la Ciudad de Buenos Aires sea tratada como una jurisdicción autónoma a la que le competen consideraciones particulares inherentes a su condición como tal, independientemente del movimiento poblacional que se produce entre las distintas jurisdicciones.

IX) En la misma fecha señalada en el punto anterior el señor Procurador General de la Nación interino dictaminó acerca de las cuestiones constitucionales propuestas, concluyendo en la invalidez de la norma impugnada por la actora.

En su dictamen consideró que –en virtud de los fundamentos que allí desarrolla y en el marco de la doctrina de este Tribunal referida a

los decretos de necesidad y urgencia– los argumentos expuestos en la norma refutada no alcanzan para fundar un estado de necesidad que permita legitimar la suspensión allí dispuesta de la concurrencia a los establecimientos educativos en todos sus niveles. Por ello concluyó en que, en el *sub examine*, no cabe tener por configurada la existencia de las circunstancias fácticas descriptas en el art. 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional.

Considerando:

1°) Que, tal como se decidió en fecha 19 de abril, esta demanda corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

2°) Que corresponde a esta Corte resolver en primer término el planteo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, referido a que el Estado Nacional habría violado su autonomía, en tanto comprende el preliminar examen de legalidad del DNU 241/2021 impugnado.

3°) Que al ser el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente, sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada ("La Pampa, Provincia de", Fallos: 340:1695; "Corrientes, Provincia de", Fallos: 344:251), evitando que confronten unas con otras.

En tal sentido se ha pronunciado esta Corte al sostener que la asignación de competencias en el sistema federal "*no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes*" ("Buenos Aires, Provincia de", Fallos: 330:4564, considerando 11 *in fine*; "La Pampa, Provincia de", Fallos: 340:1695, considerando 6°; "Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe", Fallos: 342:2136, considerando 10 y "Corrientes, Provincia de", Fallos: 344:251, entre otros).

Como lo expresó desde antiguo este Tribunal, la Constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo. No habría Nación si

cada provincia se condujera como una potencia independiente; pero tampoco la habría si fuese la Nación quien socavara las competencias locales (arg. doct. "Bressani", Fallos: 178:9 y "La Pampa, Provincia de", Fallos: 340:1695).

4°) Que, en el contexto referido, el sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de "lealtad federal" o "buena fe federal", conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse el abuso de las competencias de un Estado en detrimento de los otros. De esta manera, el ideario federal en el que descansa nuestro sistema de gobierno parte de la base de que el Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios coordinan sus facultades "para ayudarse y nunca para destruirse" ("Bazán", Fallos: 342:509 y "Telefónica Móviles Argentina", Fallos: 342:1061 voto de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 9°).

Así, este principio rector del federalismo argentino implica asumir una conducta federal leal que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal "*in totum*" ("La Pampa, Provincia de", Fallos: 340:1695).

En síntesis, el armónico desenvolvimiento del sistema federal de gobierno depende de la "buena fe", de la "coordinación" y de la "concertación" recíproca entre los distintos estamentos de gobierno (Nación, Provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), pues esos principios constituyen el modo razonable para conjugar los diferentes intereses en juego y encauzarlos hacia la satisfacción del bien común.

5°) Que, a la luz del imperativo constitucional del federalismo, los tribunales, y particularmente esta Corte, son los encargados de velar por que las atribuciones asignadas a cada autoridad no sean entendidas de manera tan extensa que se vacíe el carácter federativo de la Constitución.

En efecto, este Tribunal, en ejercicio de su primera y más importante función, concerniente a la interpretación de cuestiones constitucionales, en particular las referidas al sistema representativo, republicano y federal (arg. "Lavado", Fallos: 330:111, considerando 6° *in fine* y "Anadón", Fallos: 338:724, entre muchos otros), ha puesto énfasis en la tutela del delicado equilibrio propio del federalismo, así como del

sistema de división de funciones consagrados por el art. 1° de la Norma Fundamental argentina.

6º) Que esta Corte ha dicho que el sistema federal argentino se compone con sujetos jurídicos "necesarios" o "inexorables", mencionados explícitamente en la Constitución, como los son el Estado Nacional, las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y un sujeto jurídico "posible" o "eventual" como es el caso de la región ("Bazán", Fallos: 342:509, considerando 3º, y "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Córdoba", Fallos: 342:533, considerando 12).

7°) Que, desde esta perspectiva, cabe en primer término recordar que a partir de la reforma del año 1994 la Ciudad de Buenos Aires adquirió el *status* constitucional que se expresó en el nuevo artículo 129, según el cual "*tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad*", sin perjuicio de también establecer que "*una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación*".

Con este reconocimiento los constituyentes reformadores introdujeron a la Ciudad como un actor pleno del sistema federal, modificando radicalmente por esa vía la histórica premisa según la cual la unión nacional requería suspender la participación porteña en el diálogo federal en virtud de su elección como capital federal.

8°) Que en el marco señalado –y ante el planteo de conflictos concretos– este Tribunal dictó a partir de 2016 una serie de pronunciamientos en los que interpretó las reglas del federalismo de modo de evitar fricciones susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades reconocidas a la CABA por la reforma constitucional del año 1994.

Así se sostuvo en 2016 que los jueces nacionales con asiento en la CABA no son equiparables a los jueces federales a los efectos de declarar la admisibilidad del recurso extraordinario cuando media denegación del fuero federal ("Nisman", Fallos: 339:1342), de lo cual se deriva, "*por implicación […], que la Ciudad de Buenos Aires tiene una aptitud semejante a la de las provincias argentinas para ejercer plenamente la jurisdicción y, con ello, para realizar la autonomía que*

le fue concedida por el artículo 129 de la Constitución" ("Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba", Fallos: 342:533, considerando 7°).

En 2019 se resolvió que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía ser el órgano encargado de resolver los conflictos de competencia que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad en cumplimiento "*del claro mandato constituyente de conformar una Ciudad de Buenos Aires con autonomía jurisdiccional plena*" ("Bazán", Fallos: 342:509, considerando 17).

Ese mismo año este Tribunal estableció que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene un puesto equiparable al de las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de esta Corte establecida en el artículo 117 de la Constitución Nacional ("Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Fallos: 342:533, considerando 17).

9°) Que los términos de la jurisprudencia señalada resultan ilustrativos de la paulatina aunque evidente consolidación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como sujeto del federalismo argentino en tanto "*ciudad constitucional federada*".

Es *ciudad*, por sus características demográficas. Es *ciudad constitucional*, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios. Y es *ciudad constitucional federada*, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen ("Bazán", Fallos: 342:509, considerando 3º y "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Fallos: 342:533 considerando 12, ambos referidos con anterioridad).

10) Que la vigencia del artículo 129 de la Constitución Nacional imposibilita que la Ciudad de Buenos Aires reciba el mismo trato que antes de la reforma de 1994, es decir como un "territorio federalizado", propio de una época en la que esta carecía de autonomía en tanto el Congreso de la Nación actuaba como su legislador "exclusivo" (ex art.

67 inc. 27), el Presidente de la Nación como su "jefe inmediato y local" (ex art. 86 inc. 3) y la justicia nacional como justicia local.

Al reconocerle el antedicho *status*, la reforma de 1994 entendió que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía ser considerada prioritariamente como "ciudad constitucional" y solo subsidiaria y excepcionalmente, en cuanto se comprometieran los intereses federales, como territorio sujeto a normas y jurisdicción de ese tipo. La "capitalidad" -y por extensión la federalización- de la Ciudad de Buenos Aires es la excepción; la regla es la prevalencia del ejercicio regular de sus competencias locales.

Por ello como se reconoció en los precedentes citados la Ciudad Autónoma de Buenos Aires integra de modo directo la federación argentina, surgiendo sus competencias no por la intermediación de los poderes nacionales -como antes de la reforma constitucional de 1994-, sino del propio texto de la Constitución Nacional (cfr. art. 129 Constitución Nacional) y de las normas dictadas en su consecuencia.

En ese marco, en cumplimiento de la norma constitucional referida se sancionó en el año 1996 la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el objetivo declarado en su Preámbulo de "afirmar su autonomía" y "organizar sus instituciones". A través de dicha norma se adoptaron diversas disposiciones relativas a educación (arts. 20, 21, 23, 24, 25, 27 y 42), así como se reconocieron atribuciones en materia educativa a las autoridades locales por ella creadas (arts. 80 y 81).

En el particular marco de análisis que marca la Constitución para definir la competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe señalar que de los límites que impone la capitalidad no surge ningún obstáculo para que esta decida sobre la modalidad presencial o virtual en que corresponda llevar a cabo la educación en su territorio.

11) Que es en este contexto que la Ciudad de Buenos Aires plantea que el DNU 241/2021 viola la Constitución Nacional al avasallar su autonomía (art. 129), en cuyo ámbito –afirma– se encuentra la atribución de asegurar la educación primaria y promover la educación en general (arts. 5° y 125).

La educación fue desde los orígenes de la construcción de la Nación "*un interés vital*" del Estado y, como este Tribunal marcó puntualmente en 1984, tal interés debe corresponderse con "*la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente*" ("Arenzón", Fallos: 306:400, voto de los jueces Belluscio y Petracchi). La Convención Constituyente de 1994 dedicó más de una sesión a la educación como una cuestión constitucional en la convicción de que, como indicó el Convencional Hernández, "*la principal obligación del Estado —que todos tenemos— es atender la educación… debemos darle a la educación todo lo que ella se merece; después vendrá lo económico, después vendrá el progreso; porque el progreso y la economía —todos los bienes materiales que podamos obtener como personas— nos van a llegar a través de la educación de nuestro pueblo*" (Convención Nacional Constituyente, 28ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria, Continuación, 10/11 de agosto de 1994, p. 3605).

Es así que la competencia que se disputan distintas autoridades del Estado para, en definitiva, regular la modalidad de la enseñanza en medio de una de las mayores crisis sanitarias de las que se tenga registro se corresponde, bien vale recordarlo -más allá de que no sea el objeto directo de este pleito- con el derecho constitucional a acceder a la educación de los habitantes de la Ciudad (cf.: art. 14 de la Constitución Nacional; art. XII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 10 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).

12) Que respecto del conflicto de competencia señalado debe recordarse en primer término que en nuestro sistema federal la educación, dependiendo en qué aspecto y en qué modo, puede ser regulada por el Estado Nacional como por las provincias, ya que "*el Estado Nacional delinea la 'base de la educación´ —para retomar la expresión del artículo 75 inc. 19 de la Constitución Nacional— las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la 'educación primaria´ de acuerdo al art. 5°*" ("Castillo", Fallos: 340:1795). La Convención Constituyente de 1994, al incluir la potestad del Congreso Federal para "*sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden … la igualdad de oportunidades y posibilidades sin*

discriminación alguna", persiguió "*un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina y a la vez asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación*" ("Defensoría de Menores e Incapaces n° 6 y otros", Fallos: 343:1805 -disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti- y "Castillo", Fallos: 340:1795, considerando 13 y disidencia parcial del juez Rosatti, considerando 11 *in fine*).

Ahora bien, como apuntó el Convencional Quiroga Lavié al momento de la inclusión del citado art. 75 inc. 19 en la Constitución Nacional, la atribución de esa competencia educativa al Congreso de la Nación no significó desconocer las competencias provinciales para regular sobre esa materia. El Constituyente afirmó que "*de entrada la norma formula un modelo de federalismo de concertación*" y luego, al recordar las disputas entre Sarmiento y Alberdi respecto a la existencia de un proyecto educativo explícito en la Constitución, señaló "*[E]l efecto de la polémica entre Sarmiento y Alberdi, implícita o explícita, directa o indirectamente, fue la construcción histórica del consenso. El modelo educativo fue la construcción histórica del consenso*" (Quiroga Lavié, 24ª Reunión—3ª Sesión Ordinaria (Continuación) 4 de agosto de 1994, p.3263, p. 3270).

13) Que corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —al igual que a las provincias— la atribución para decidir sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes porque en consonancia con lo ya afirmado respecto de la autonomía porteña y del poder reservado en el art. 5°, la Convención Constituyente de 1994 introdujo a la educación entre las atribuciones de la policía del bienestar de las provincias, y expresamente incorporó como sujeto activo —y en igualdad de condiciones que las provincias— a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El artículo 125 de la Constitución Nacional establece que "*Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura*" (resaltado añadido).

14) Que una vez establecidas las atribuciones educativas de la Ciudad, cabe examinar la competencia invocada por el Estado Nacional. En el aspecto impugnado del DNU 241/2021, la demandada aduce el

ejercicio de atribuciones regulatorias federales en materia de emergencia sanitaria para ordenar "*la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021*" en el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA, artículo 2°).

El citado decreto enuncia que fue dictado "*con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 con el objeto de preservar la salud pública*".

15) Que específicamente respecto de la regulación de la salud, esta Corte reconoció desde antaño la convivencia de atribuciones de la Nación y las provincias. Ya en los primigenios precedentes "Plaza de Toros" (Fallos: 7:150) y "Saladeristas" (Fallos: 31:2734), se convalidaron restricciones locales, luego de declarar que el poder de policía para "*proveer lo concerniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos fue reservado por las provincias*", como así también se corroboró la validez de una ley provincial que obligaba a retirar a los saladeros establecidos en Barracas ya que "*por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad*". Más recientemente, en el caso "Nobleza Piccardo" (Fallos: 338:1110), este Tribunal declaró la constitucionalidad de la competencia sanitaria que había ejercido la Provincia de Santa Fe para regular la publicidad del tabaco.

En atención al ya referido mandato de autonomía plena que la Convención Constituyente de 1994 plasmó en el artículo 129 de la Constitución Nacional, tales atribuciones legislativas sanitarias le corresponden asimismo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de "*ciudad constitucional federada*" ("Bazán" Fallos: 342:509), en los términos del considerando 9°.

A la par de la existencia de estas competencias legislativas locales —y sin perjuicio de ellas— la jurisprudencia de esta Corte también le reconoció al Estado Nacional atribuciones concurrentes para regular ciertas cuestiones de la salud en tanto atañen a la "*prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias*" (anterior art. 67 inc. 16, actual art. 75 inc. 18), mandato que luego de la reforma de 1994 fue complementado por la atribución para proveer lo conducente al "*desarrollo humano*" (art. 75 inc. 19). Así, este Tri-

bunal convalidó el ejercicio de esas atribuciones federales para regular sobre la actividad farmacéutica en “Belcastro” y en “Diócesis de San Martín” (Fallos: 308:943 y 333:1279, voto del juez Maqueda), sobre actividades relacionadas con la sangre humana en “Leiva” (Fallos: 315:1013) y sobre los seguros de salud y obras sociales en “Boto” (Fallos: 320:786), entre otras.

16) Que tanto la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para definir la modalidad educativa como la atribución federal para atender a una emergencia sanitaria deben entenderse en el marco del federalismo que ordena la Constitución Nacional.

La distribución de competencias en un Estado federal como el nuestro, y la complejidad de aspectos que pueden converger en una misma realidad, exigen que el preciso deslinde de competencias se haga atendiendo cuidadosamente a las circunstancias de cada caso.

La interrelación entre estas atribuciones –interpretadas de buena fe– no debe plantear ningún tipo de conflicto normativo; el propio texto constitucional se encarga de brindar la respuesta para lograr que las competencias de cada esfera de gobierno se desarrollen con plenitud en la vida institucional de la Federación, sin anularse ni excluirse. Al ser ello así, los actos de las legislaturas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no pueden ser invalidados sino en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos explícitos, un poder exclusivo, o en los supuestos en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o bien cuando existe una absoluta y directa incompatibilidad o repugnancia efectiva en el ejercicio de facultades concurrentes por estas últimas (Fallos: 3:131; 7:373; 51:349; 105:273; 114:282; 137:212; 150:419; 174:358; 235:571; 243:98; 302:1181; 320:619; 331:1412, entre otros).

Por ello, todo análisis de las atribuciones federales invocadas debe partir del canónico principio de interpretación según el cual la determinación de qué poderes se han conferido a la Nación y, sobre todo, del carácter en que lo han sido, debe siempre ceñirse a la lectura más estricta. Tal mandato interpretativo emana de la premisa que ensayó Alberdi y se recita en la jurisprudencia históricamente, esto es, que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, en tanto que los correspondientes a la Nación son delegados y definidos (arts. 75 y 121 de la Constitución Nacional; Juan Bautista Alberdi, Derecho

Público Provincial Argentino, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 146. Asimismo, causa "Blanco", Fallos: 1:170, entre muchas otras hasta la más reciente "Cablevisión S.A.", Fallos: 329:976).

A su vez, el carácter restrictivo con que deben analizarse las potestades que se pusieron en cabeza de la Nación surge también de la preocupación porque tales postulados básicos del federalismo constitucional pierdan realidad. Más allá de las circunstancias sociales en las que se desenvuelve la Nación, tal extremo podría configurarse no solo por invalidar cualquier norma provincial que apenas se aparte un ápice de la regulación concurrente de la Nación sino, y esto es lo relevante en el caso, por permitir que el Estado Federal regule sobre todo aspecto que de alguna forma vaga e injustificada se relacione con las competencias que la Constitución le asigna. Este último peligro ya lo advertía Zavalía en 1929 al señalar los riesgos de creer que la única fuente de progreso y bienestar podría provenir de la autoridad federal en detrimento de las provincias (Prólogo de Clodomiro Zavalía a los Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina de Domingo F. Sarmiento, 1929, Rosso, Buenos Aires, p. 17 y 19).

17) Que no obsta a lo expresado la prevalencia que corresponde reconocer al derecho federal, en los términos de sus arts. 5° y 31, por sobre las normas adoptadas por las provincias y la Ciudad de Buenos Aires.

La inteligencia de tales cláusulas debe enmarcarse en la arquitectura constitucional argentina, que delimita el ámbito de validez y el alcance de las normas que integran el ordenamiento jurídico nacional. En efecto, si bien las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires guardan subordinación con el Estado federal en ciertos ámbitos, esa subordinación se verifica en los estrictos términos jurídicos de la Constitución Nacional. No se trata, por tanto, de una subordinación indeterminada, sino limitada por el mismo texto de la Norma Fundamental argentina.

En ese entendimiento, los arts. 5° y 31 de la Constitución Nacional pueden resultar violados tanto cuando el desborde competencial provenga del ejercicio de la autoridad local como cuando provenga del ejercicio de la autoridad nacional (inconstitucionalidad ascendente o descendente). De ello se deriva que la prevalencia del derecho federal consagrada por los artículos citados se encuentra condicionada a que el ejercicio de la potestad normativa nacional haya sido encausado

dentro de las pautas formales y sustanciales exigidas constitucionalmente, entre ellas el reparto de competencias estatuido por la misma Norma Suprema.

Así, las normas adoptadas por las autoridades nacionales no solo no deben contradecir a la Constitución ni a los tratados internacionales sino tampoco invadir el ámbito competencial de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En caso de que esta contradicción ocurra, al verificarse el ejercicio de una atribución a extramuros de la Constitución Nacional, no podría válidamente concluirse la prevalencia de la norma federal en los términos de los arts. 5° y 31 citados.

18) Que, en este marco de análisis propio del federalismo, toda norma nacional impugnada deberá someterse a un previo examen sobre su debida justificación competencial. Así, el objeto del acto normativo en cuestión tiene que evidenciar su necesaria vinculación con la competencia constitucional en razón de la materia que pretendió ejercerse en él, pues de otro modo quedaría desvirtuado el cumplimiento de ese imprescindible recaudo de validez que, más allá de los criterios utilizados para determinar su alcance, debe ser siempre una atribución normativa y previa a su accionar.

19) Que, bajo estos estándares, corresponde examinar en este caso la invocación de la competencia sanitaria por parte del Estado Nacional al dictar el DNU 241/2021 para regular sobre los modos de garantizar la educación, en lo que aquí importa, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tal ejercicio exige evaluar su validez a la luz de la distribución de competencias federales y locales que efectúa la Constitución Nacional. Como se ha dicho, en una organización federal una misma actividad o incluso relación jurídica puede estar regulada por múltiples autoridades de la federación y alcanzada por diferentes jurisdicciones.

El reconocimiento de las atribuciones regulatorias sanitarias de la Nación no significa que alcance con la mera invocación de la salud para sellar la validez de su pretendido ejercicio. En efecto, en un sistema como el de nuestra Constitución Nacional, para que una norma federal constituya el válido ejercicio de una atribución propia del Estado Nacional debe contar con una debida justificación que lo respalde en relación a las medidas concretas adoptadas con ese objetivo.

Por ello, la adecuada motivación del acto adquiere en el caso especial importancia, pues la Administración se encontraba obligada a explicar, más que en cualquier otro acto dado el contenido concreto de su regulación, los antecedentes que la llevaron a ejercer la competencia invocada, explicitando además la adecuada proporcionalidad entre el objeto de la decisión y su finalidad, que debe hallarse en necesaria correspondencia con la de las normas competenciales invocadas por el órgano emisor.

En el caso, las alegaciones ensayadas sobre la cantidad de personas que utilizaron el transporte público de manera coincidente con el inicio de las clases presenciales, la circulación masiva de personas entre el Gran Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires, o el aumento de la proporción de casos de COVID-19 en personas de trece (13) a dieciocho (18) años y de veinte (20) a veintinueve (29) años, sin mayores explicaciones sobre la particular incidencia relativa de la educación presencial en la propagación del COVID-19, no alcanza para justificar el ejercicio de una competencia sanitaria federal que incide de manera tan drástica en la modalidad de la enseñanza, en lo que aquí interesa, porteña.

El debido resguardo del federalismo constitucional exigía que el Estado Nacional justificara de manera suficiente el ejercicio en el caso de su específica competencia sanitaria en relación a la concreta orden de suspender del dictado de clases educativas presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades en la jurisdicción de la actora.

En conclusión, en el examen de legalidad del art. 10 *in fine* del DNU 235/2021, a partir de su modificación por el art. 2° del DNU 241/2021, la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la Ciudad deja al descubierto que, en este caso, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que le resulta ajena.

20) Que la conclusión a la que se llega en este caso no se encuentra desvirtuada por la conformación territorial del Área Metropolitana de Buenos Aires formulada en el decreto 125/2021 ni por la doctrina de los actos propios.

21) Que, en efecto, mediante el art. 3° del DNU 125/2021 el Poder Ejecutivo Nacional delimitó el aglomerado urbano denominado “Área

Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)", comprensivo de "la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los siguientes treinta y cinco (35) partidos de la Provincia de Buenos Aires: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero y Vicente López", ámbito geográfico sobre el cual se adoptaron diversas disposiciones particulares, entre las cuales se encuentra el último párrafo del art. 10 del DNU 235/2021 a partir de la modificación dispuesta por el art. 2° del DNU 241/2021, sobre el que versa la presente causa.

Fundó tal decisión en que "*nuestro país es el octavo en extensión territorial a nivel mundial y presenta una diversidad geográfica, socio-económica y demográfica que impacta en la dinámica de transmisión del virus*", y que "*la evolución de la pandemia varía entre jurisdicciones como también entre departamentos de una misma jurisdicción*". A ello agregó que "*sigue resultando imprescindible realizar una diferenciación entre las zonas donde se observa transmisión comunitaria extendida del virus, zonas con conglomerados y casos esporádicos sin nexo, y las que presentan brotes o conglomerados pequeños controlados*". En ese entendimiento, concluyó que "*el diferente impacto en la dinámica de transmisión del virus producido en la República Argentina en atención a lo ya señalado y, específicamente, debido a su diversidad geográfica, socio-económica, cultural y demográfica, obliga al Estado Nacional a adoptar decisiones en función de cada realidad*".

22) Que la conformación territorial formulada por el decreto 125/2021 citado, más allá de su pertinencia estratégica –que no corresponde analizar aquí- no tiene la virtualidad de alterar las potestades constitucionales reconocidas a los diversos componentes del Estado Federal que formen parte de tales áreas.

En efecto, si bien la Constitución Nacional prevé a la "región" como sujeto no inexorable o posible de nuestra federación, a los fines de su concreción exige el cumplimiento específico de las pautas exigidas por el art. 124: "*Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cum-*

plimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto".

De la norma constitucional transcripta se desprenden diversos predicamentos que conllevan necesariamente a concluir que la disposición contenida en el art. 3° del decreto 125/2021 no tiene la virtualidad necesaria para otorgar al "AMBA" el trato de "región" como sujeto constitucional del sistema federal argentino.

23) Que de lo expuesto se desprende que la previsión del "AMBA" como un área susceptible de adopción de políticas específicas en materia epidemiológica por el Estado Nacional a través del art. 3° del DNU 125/2021 no puede ser entendido como la constitución de una "región" en los términos del art. 124 de la Constitución Nacional, ni puede implicar una alteración de las potestades provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello sin perjuicio de las facultades reconocidas al Congreso nacional para promover "*políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones*", en los términos del art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, con el debido respeto de las atribuciones de la Ciudad de Buenos Aires y las provincias involucradas.

Lo dicho no implica invalidar toda estrategia territorial diferente a la prevista por el art. 124 de la Constitución Nacional, sino advertir que, en un federalismo de concertación, y a la luz de los principios de "buena fe" y "lealtad federal" que se han señalado precedentemente, resulta inexorable que toda otra conformación regional para el ejercicio de competencias exclusivas de las jurisdicciones locales (o concurrentes de estas con el gobierno nacional) debe contar con la participación de las partes involucradas.

24) Que, como se adelantó, cabe descartar también que la actora haya violado la doctrina de los actos propios.

Arribados a este quicio, corresponde señalar que los principios de "buena fe" y "lealtad federal" que, en la arquitectura constitucional argentina, subyacen tras la "coordinación" y "concertación" entre los

distintos estamentos de gobierno (Nación, Provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), exigen concluir que el no cuestionamiento ante este Tribunal de otras normas adoptadas por el Estado Nacional en el marco de la pandemia COVID-19, no puede ser entendido de tal manera que implique derivar el consentimiento de la actora de la disposición cuya invalidez constitucional se ha planteado en los presentes, o la renuncia por parte del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a atribuciones que, en cuanto reconocidas a ella en virtud de su *status* constitucional, resultan irrenunciables.

25) Que en atención al modo en que se resuelve, no resulta necesario tratar los restantes agravios invocados por la actora. En definitiva, lo decidido por el Tribunal en torno a que el último párrafo del art. 10 del DNU 235/2021, a partir de la modificación dispuesta por el art. 2° del DNU 241/2021, no constituye el ejercicio de potestades constitucionales que le competen a las autoridades federales, sino que vulnera atribuciones y potestades propias de la autonomía política reconocida por la Constitución Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, torna innecesario ponderar la validez constitucional del instrumento jurídico en que se ha plasmado la norma (es decir, su carácter de decreto de necesidad y urgencia).

En efecto, la naturaleza de la fuente normativa no altera lo expresado precedentemente en relación a la distribución de las potestades en el diseño federal argentino. Es más, aun en el supuesto hipotético en que el contenido material de la regulación en estudio se instrumente mediante una ley formal del Congreso Nacional, la conclusión a que arriba el Tribunal en torno a la vulneración de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires se mantendría incólume.

26) Que en mérito a lo expuesto, como guardián último de las garantías constitucionales, máximo intérprete de la Constitución y cabeza de un departamento del Estado (Fallos: 330:4134; 338:1575 y 342:509, 584, 1417 y 2389), este Tribunal se encuentra obligado a velar porque se respete el sistema institucional de división de poderes que establece la Constitución (art. 1°), tanto en su aspecto material en el marco del sistema republicano de gobierno (ramas legislativa, ejecutiva y judicial), como en su dimensión territorial propio del sistema federal argentino (en el que se articulan de manera coordinada las potestades del Estado Nacional, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios).

27) Que lo dicho no significa avalar (o desautorizar) decisiones sanitarias que, en todo caso, amén de ser adoptadas por las autoridades constitucionalmente competentes, como se examinó en esta causa, deberán además basarse en criterios de razonabilidad entre los que pueden mencionarse la necesidad, la proporcionalidad y el ajuste a los objetivos definidos conforme a criterios científicos (Fallos: 343:930; 344:126 y 316), elementos estos que resultan ajenos al pronunciamiento adoptado por esta Corte en la presente decisión.

28) Que, finalmente, el hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo haya superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU impugnado, no resulta óbice para que esta Corte emita su pronunciamiento.

Por el contrario, una clásica doctrina de este Tribunal indica que sus poderes se mantienen incólumes para conocer del asunto cuando el desenvolvimiento ordinario de los acontecimientos pudiera sustraer a las cuestiones planteadas de la revisión de esta Corte, frustrándose así su rol de garante supremo de la Constitución Nacional (arg. causas "Acuerdo para el Bicentenario", Fallos: 340:914; "Ríos", Fallos: 310:819; "B.A.", Fallos: 324:4061).

En ese entendimiento, dado que circunstancias como las examinadas en la causa pueden prorrogarse o repetirse en el futuro, el Tribunal entiende que su pronunciamiento no solo no se ha vuelto inoficioso sino que debe orientar, desde lo jurídico -no desde lo sanitario- decisiones futuras. Dicho de otro modo: no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino.

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación interino, se hace lugar a la demanda respecto del planteo referido a que en el caso concreto se violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con costas en el orden causado (art. 1° del decreto 1204/2001). Notifíquese, comuníquese esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

Carlos Fernando Rosenkrantz (según su voto)– Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti (según su voto)– Horacio Rosatti.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Resulta:

I) El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires promueve acción declarativa en contra del Estado Nacional, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Pretende que se declare la inconstitucionalidad del art. 2° del decreto de necesidad y urgencia 241/2021, emitido por el Poder Ejecutivo Nacional en acuerdo general de ministros, en tanto dispone, con fundamento en el incremento sostenido de casos registrados del virus Sars – CoV-2 (COVID – 19), "la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive" en el ámbito del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA). Asimismo, solicita el dictado de una medida cautelar que suspenda la aplicación de la norma citada, como así también de toda otra disposición o reglamentación dictada en su consecuencia.

Desde el punto de vista formal, la actora sostiene que el caso corresponde a la competencia originaria de esta Corte Suprema regulada en el art. 117 de la Constitución Nacional, en virtud de lo decidido en el precedente de Fallos: 342:533 ("Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"). Sustenta su legitimación activa en la circunstancia de que el decreto 241/2021 afecta el régimen de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires regulado en los arts. 129 de la Constitución Nacional y 6° de la Constitución local. Y destaca que se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad previstos para las acciones declarativas de inconstitucionalidad en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en la jurisprudencia de esta Corte.

En lo sustancial, afirma que el art. 2° del decreto 241/2021 es inconstitucional por las siguientes razones: a) lesiona el régimen de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires; b) resulta irrazonable; y, c) fue dictado en violación artículo 99, inc. 3, de la Constitución Nacional.

En lo que se refiere a la primera cuestión, la actora sostiene que la medida impugnada implica una virtual intervención federal en su territorio al regular cuestiones eminentemente locales, como lo son las materias de salud y educación. Alega que el Poder Ejecutivo Na-

cional se arroga el ejercicio de una competencia que no le ha sido delegada pues entiende que las medidas sanitarias que deben adoptarse en los establecimientos educativos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires se encuentran reservadas a la competencia de sus propias autoridades.

En segundo lugar, afirma que la suspensión de las clases presenciales dispuesta por el decreto 241/2021 es irrazonable en tanto no se encuentra justificada por datos empíricos ni científicos. Sostiene que los datos estadísticos sobre contagios en el ámbito educativo y sobre utilización del transporte público de pasajeros demuestran que la presencialidad en las escuelas no es la causa principal del aumento de casos de COVID – 19. En tal sentido, destaca que los casos de COVID – 19 confirmados entre el 17 de marzo y el 12 de abril representan solo el 0,71% de la población que asiste a las escuelas. Y agrega que, desde el inicio de clases en febrero de este año, decayó en un 70% aproximadamente la utilización del boleto estudiantil, como así también que la mayor parte de los alumnos concurre a las escuelas caminando o en bicicleta (48% en el nivel inicial, 39% en primaria y 38% en secundaria), y en automóvil (27%, 21% y 14%, respectivamente).

En tercer lugar, estima que el decreto 241/2021 resulta inconstitucional pues el Congreso de la Nación no se encuentra en receso, no está impedido de tratar la cuestión en forma inmediata urgente y tampoco existen circunstancias excepcionales que hagan imposible los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes.

II) En la resolución del día 19 de abril, esta Corte declaró que la causa corresponde a su competencia originaria y le imprimió el trámite previsto para los procesos sumarísimos.

III) Al comparecer en la causa, el Estado Nacional contesta demanda, pide la citación de la Provincia de Buenos Aires como tercero y solicita el rechazo de la acción por las razones que se reseñan a continuación.

En primer lugar, destaca que el decreto 241/2021 impugnado por la actora fue dictado en el marco de la situación de pandemia provocada por el COVID – 19. Recuerda que esa situación dio lugar a una serie de medidas estatales de diferente tenor, entre las cuales mencionó la am-

pliación de la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 (decreto 260/2020, prorrogada luego por el decreto 167/2001), el establecimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" (decreto 297/2020) y luego el "distanciamiento social, preventivo y obligatorio" (decreto 520/2020). Señala que al momento del dictado del decreto 241/2021 la tasa de incidencia acumulada en el país era de 5736 casos por cada 100.000 habitantes, la tasa de letalidad era del 2,2% y la tasa de mortalidad era de 1287 fallecimientos por millón de habitantes. Agrega que en la "segunda ola" de la pandemia se ha producido un aumento de casos en casi todas las jurisdicciones del país y que más del 50% de los casos nuevos se concentran en el AMBA, cuyo pico se verificó el 5 de abril con 22.897 contagios. Afirma que la velocidad de contagios en el AMBA es superior a la que se registra en otras áreas de alto riego epidemiológico, lo que, según sostiene, puede provocar la saturación del sistema de salud y el aumento de la mortalidad.

Señala que, frente a esa situación epidemiológica, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto de necesidad y urgencia 241/2021 con el objeto de velar por el derecho a la vida y a la salud de los habitantes del país. Sostiene que el decreto adoptó medidas focalizadas y limitadas en el tiempo, entre las cuales se encuentra la suspensión de clases escolares presenciales, tendientes a reducir la circulación de personas, y de ese modo, a ralentizar la velocidad de transmisión del virus. Recuerda que, a los efectos de fundar la suspensión de clases presenciales en el AMBA, el Poder Ejecutivo Nacional tuvo en cuenta que el grupo de personas de entre 6 y 17 años, entre las semanas 1 a 4, representaba el 5,3% del total de los casos confirmados y entre las semanas 12 a 14 representó el 7,3% del total de casos. Destaca que en el AMBA hay más de 3 millones de niños en edad escolar y 300.000 docentes que se movilizan diariamente y que desde el comienzo del ciclo lectivo en el 2021 se ha producido un "aumento exponencial" del número de casos dentro de la población en edad escolar, similar y aun mayor que el observado en la curva de la población en general. Agrega que, con el comienzo de clases, también se ha producido un aumento del uso del transporte público en el AMBA. Afirma que, frente a esa situación, se hizo necesario adoptar medidas sanitarias de carácter colectivo destinadas a disminuir el aumento de casos y la transmisión comunitaria pues las medidas de prevención individuales en las instituciones educativas resultaban insuficientes.

En lo que se refiere a las objeciones formuladas por la actora, sostiene que el decreto de necesidad y urgencia 241/2021 cumple con todos los recaudos previstos en el art. 99, inciso 3, de la Constitución Nacional. En particular, afirma que se verifica una situación de necesidad y urgencia en los términos definidos por esta Corte en el precedente "Verrocchi" (Fallos: 322:1726), que el decreto no trata ninguna de las materias prohibidas por la norma constitucional citada y que se le ha dado intervención a la Comisión Bicameral Permanente creada por la ley 26.122 —que emitió dictamen favorable a la validez del decreto—.

En el plano sustantivo, argumenta que la medida que adopta el decreto 241/2021 para reducir la circulación de la población y disminuir los contagios tiene por finalidad la protección de la vida y la salud de la población, derechos de raigambre constitucional según la jurisprudencia de esta Corte que cita. Alega que el decreto conjuga esos derechos con el derecho a la educación, que se encuentra garantizado mediante la modalidad virtual. Manifiesta que la medida es razonable y proporcionada, y que no tiene por meta afectar la autonomía de la ciudad ni el derecho a la educación de los niños. Por el contrario, al efectuar la ponderación de los derechos en disputa, afirma que "no hay duda de que la vida y la salud están muy por encima de la educación presencial" y que la virtualidad en pandemia es la medida menos gravosa. Aduce que las restricciones adoptadas configuran un medio idóneo para evitar el colapso del sistema sanitario producto del aumento desmedido de casos de COVID – 19 y con ello resguardar la salud pública. Entiende, por lo tanto, que la suspensión de clases presenciales es razonable pues se encuentra fundada en los hechos que le han dado origen —la situación epidemiológica descripta— y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido —la vida y la salud de la población—.

Por otro lado, en lo que se refiere al planteo de la actora sobre la violación de su régimen de autonomía, el Estado Nacional sostiene que el decreto de necesidad y urgencia 241/2021 fue dictado en el marco de la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 —ampliada por el decreto 260/2021—. También afirma que la medida cuestionada es fruto del ejercicio del poder de policía sanitario del que se encuentra investido el Estado de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte. Argumenta que, si bien el ejercicio de ese poder de policía es concurrente entre Nación y provincias, en caso de incompatibilidad de criterios prevalece la norma nacional por imperio de los arts. 5° y 31 de la

Constitución Nacional. Destaca que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la potestad provincial cede frente a la norma federal cuando el Congreso, por aplicación del art. 75, inc. 18, de la Constitución, prohíbe el ejercicio de esa potestad, o bien cuando la normativa provincial dificulta o impide el adecuado cumplimiento de los propósitos de la norma federal.

Asimismo, afirma que el alcance de la norma impugnada por la actora, como se desprende de sus propios términos, es interjurisdiccional pues la problemática generada por el COVID-19 no reconoce fronteras internas. En este sentido, alega que la circulación masiva de personas entre el Gran Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires constituye un fenómeno de la vida cotidiana e involucra los desplazamientos de personas pertenecientes a la comunidad educativa. Con cita de precedentes de esta Corte, invoca la potestad del art. 75 inc. 13, de la Constitución, para regular cuestiones interjurisdiccionales, las que —según afirma— se configuran cuando el territorio afectado "se trata de un área geográfica que se extiende más allá de la frontera provincial". En tal sentido, aduce que el decreto de necesidad y urgencia 241/2021 busca proteger la vida y la salud a nivel nacional y para ello ha hecho especial énfasis en AMBA, por ser la región de mayor concentración de población y por ende de mayor circulación del virus. Señala que el AMBA es un "conglomerado pluri-jurisdiccional" que abarca la Ciudad de Buenos Aires y una parte de la Provincia de Buenos Aires y que si bien las decisiones sanitarias locales pueden resultar competencia propia de la Ciudad cuando no tienen impacto a nivel nacional, entiende que cuando la acción o inacción de la autoridad local trascienda, "de forma cierta, probable o inminente" su territorio, suscita la competencia federal por la interjurisdiccionalidad de la situación configurada. En la misma línea, entiende que la medida impugnada no viola la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires regulada en el art. 129 de la Constitución Nacional y tampoco se trata de una intervención federal encubierta puesto que no ha mediado desplazamiento de las autoridades locales.

Finalmente, invoca la doctrina de los actos propios pues la Ciudad de Buenos Aires ha consentido todas las medidas sanitarias adoptadas en el marco de la pandemia antes de la sanción del decreto 241/2021 —entre ellas la suspensión de clases presenciales en el 2020—, sin cuestionar la competencia del Poder Ejecutivo Nacional en la materia. Por lo tanto, considera que resulta incoherente y por ende contrario a la

buena fe que, con la actual situación epidemiológica, la actora pretenda impugnar la medida adoptada en el decreto mencionado.

IV) Mediante providencia del día 27 de abril se desestimó el pedido de citación de terceros formulado por la demandada.

V) El día 29 de abril, el señor Procurador General de la Nación interino emitió su dictamen, propiciando la declaración de inconstitucionalidad de la norma atacada, por considerar que no se encontraban reunidos los requisitos constitucionales para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia como el impugnado.

Considerando:

1°) Que la presente causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema (arts. 116 y 117 de la Constitución; Fallos: 342:533 y 343:1836, entre muchos otros).

2°) Que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires cuenta con legitimación activa para defender la esfera de sus atribuciones constitucionales contra actos del Estado Nacional que considera lesivos de su autonomía política. Al respecto, según lo resuelto por esta Corte en el precedente publicado en Fallos: 341:1148, "los estados provinciales cuentan con legitimación activa para reclamar en juicio la invalidez de actos que vulneran atribuciones y poderes inherentes a su autonomía política, de acuerdo con la distribución de competencias establecida por el régimen Constitucional Federal. En efecto, en la medida que se pretende la delimitación de las órbitas de competencia entre la autoridad federal y la local, y se sostiene que esta última ha sido afectada por los actos impugnados, se está frente a una "causa" o controversia en los términos de la Constitución (conf. doctrina de Fallos: 310:606, 977; 310:2812 y 335:790, voto del juez Petracchi).

Por lo tanto, es claro que resulta titular de la relación jurídica sustancial sobre la que trata esta controversia.

3°) Que la demanda pone en cuestión la validez del art. 10 del decreto 235/2021, texto modificado por el art. 2° del decreto 241/2021, en cuanto dispone la suspensión de las clases presenciales en todo el territorio de la Ciudad de Buenos Aires, por hallarse comprendido en

la zona denominada AMBA (Área Metropolitana de Buenos Aires). Según dice, esta decisión del Poder Ejecutivo Nacional viola la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, reconocida en el art. 129 de la Constitución, puesto que el gobierno federal se ha arrogado potestades eminentemente locales, como lo son las materias de salud y educación. Además, la actora cuestiona la validez de la medida, desde el punto de vista formal, por no encontrarse reunidos los requisitos a los que la Constitución supedita el dictado de decretos de necesidad y urgencia y, desde una perspectiva sustancial, por no satisfacerse la exigencia constitucional de razonabilidad de todos los actos estatales.

4°) Que para analizar los agravios de la parte actora contra la decisión tomada por el Ejecutivo en el art. 10 del decreto 235/2021 (texto según el art. 2° del decreto 241/2021), conviene de modo preliminar reproducir el texto íntegro de dicha disposición:

"ARTÍCULO 10.- CLASES PRESENCIALES. Se mantendrán las clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todo el país, salvo las excepciones dispuestas en el presente decreto o que se dispongan, dando efectivo cumplimiento a los parámetros de evaluación, estratificación y determinación del nivel de riesgo epidemiológico y condiciones establecidas en las Resoluciones N° 364 del 2 de julio de 2020, 370 del 8 de octubre de 2020, 386 y 387 ambas del 13 de febrero de 2021 del CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN, sus complementarias y modificatorias.

En todos los casos se deberá actuar de acuerdo a los protocolos debidamente aprobados por las autoridades correspondientes.

Los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias y el Jefe de Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, según corresponda, podrán suspender en forma temporaria las actividades, conforme a la evaluación del riesgo epidemiológico, de conformidad con la normativa vigente. Solo en caso de haber dispuesto por sí la suspensión de clases, podrán disponer por sí su reinicio, según la evaluación de riesgo.

El personal directivo, docente y no docente y los alumnos y las alumnas —y su acompañante en su caso—, que asistan a clases presenciales y a actividades educativas no escolares presenciales, quedan exceptuados y exceptuadas de la prohibición del uso del servicio

público de transporte de pasajeros urbano, interurbano e interjurisdiccional, según corresponda y a este solo efecto, conforme con lo establecido en las resoluciones enunciadas.

Establécese, en el aglomerado del ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (AMBA), según está definido en el artículo 3° del Decreto N° 125/21, la suspensión del dictado de clases presenciales y las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 de abril hasta el 30 de abril de 2021, inclusive.

5°) Que la disposición cuestionada pretende enmarcarse en el ejercicio del poder de policía de emergencia en materia sanitaria, declarada por ley 27.541 y ampliada luego por el decreto de necesidad y urgencia 260/2020.

En ese contexto, cabe recordar que la existencia de una situación de esa naturaleza habilita la adopción de remedios que en condiciones de normalidad podrían no ser válidos (doctrina de Fallos: 136:170; 200:450; 243:449; 321:1984; 330:2981; entre muchos otros). De todos modos, la emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente. La emergencia está sujeta al derecho en este país, en tanto también es una situación jurídicamente regulada y ella no implica en modo alguno que cualquier medida que pudiera representarse como eficaz para atender la situación sea, por esa sola razón, constitucionalmente admisible. No debe perderse de vista que la emergencia, si bien puede proporcionar la ocasión para ejercer un poder existente, no crea poderes nuevos (Fallos: 172:21; 313:1638; doctrina tomada de los precedentes estadounidenses "Wilson v. New", 243 U.S. 332, y "Home & Loan Building Ass'n v. Blaisdell", 290 U.S. 398). Tiene dicho este Tribunal que "[…] los poderes de emergencia nacen exclusivamente de la Constitución, la que los conforma y delimita, por lo que todo avance más allá de ese marco conceptual desborda la legitimidad, tornándose en arbitrariedad y exceso de poder" ("Antinori", Fallos: 321:2288).

En virtud de que la emergencia no nos libera del poder regulativo del derecho, las autoridades deben encarar la responsabilidad de atender los problemas que ella plantea dentro de los límites formales y sustanciales que les impone la Constitución. Como señaló con acierto el juez Petracchi, y de un modo especialmente relevante para este caso, la invocación de la emergencia "tampoco puede justificar el des-

conocimiento del esquema constitucional de reparto de competencias legislativas entre la Nación y las provincias. La necesidad de enfrentar circunstancias de esa naturaleza solamente explica que las atribuciones que la Constitución Nacional distribuye entre cada una de ellas sean excepcionalmente ejercidas de un modo más intenso, sin alterar la sustancia de los derechos reglamentados: 'La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado […]'" (Fallos: 322:2817, disidencia del juez Petracchi, considerando 5º).

6º) Que en lo que respecta concretamente a la Ciudad de Buenos Aires, desde la reforma constitucional de 1994 y luego de que se organizara el gobierno autónomo, el gobierno nacional ha perdido las atribuciones que tenía como gobierno local de la Capital: el Congreso para ejercer una legislación exclusiva y el presidente para ejercer como jefe local (cfr. arts. 67, inc. 27 y 86, inc. 3° de la Constitución 1853-1860 y art. 129 de la Constitución y cláusula transitoria decimoquinta de la Constitución reformada en 1994). Estas facultades de gobierno sobre la Ciudad de Buenos Aires no pueden ser reasumidas por el Presidente o por el Congreso, ni siquiera de manera transitoria, lo cual queda demostrado por la inclusión de la Ciudad en los arts. 75, inc. 31 de la Constitución, 99, inc. 20, que solo admiten este tipo de injerencias en la Ciudad de Buenos Aires si el Congreso dispone a la intervención federal o aprueba la intervención decretada por el Presidente durante su receso. El federalismo argentino, desde 1994, tiene un nuevo estado participante bajo la forma de una ciudad constitucional federada que ejerce su autonomía política de manera coordinada con el resto de las unidades que integran la federación y la Nación. Tal ha sido la inteligencia del art. 129 de la Constitución que ha dado fundamento a la decisión de esta Corte registrada en Fallos: 342:533.

Por ello, la Ciudad de Buenos Aires cuenta con todas las facultades propias de legislación interna similares a las que gozan las provincias argentinas (con la exclusiva salvedad de las atribuciones que la ley 24.588 reconoce al gobierno nacional para garantizar los intereses del estado nacional en la Ciudad). En particular, conserva su poder de policía sobre las cuestiones de salud y salubridad públicas y sobre la organización y funcionamiento de sus instituciones educativas.

7°) Que respecto de la salud y salubridad públicas, desde sus primeros precedentes esta Corte dejó sentado que el ejercicio del poder

de policía en esa materia era una atribución propia de las provincias (Fallos: 7:150). Esta solución se sustentó en los arts. 104 y 105 de la Constitución Nacional (actuales arts. 121 y 122), según los cuales las provincias conservan todo el poder no delegado y se dan sus propias instituciones sin intervención del Gobierno federal. Con posterioridad, esta Corte reconoció al Estado Nacional facultades concurrentes en la materia, con sustento en el poder de policía que surge del art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional —ex artículo 67, inciso 16— (conf. Fallos: 315:1013).

8º) Que, a su vez, en materia de educación la Constitución Nacional exige a las provincias asegurar la educación primaria, como uno de los presupuestos de la garantía federal del goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5), y les otorga atribuciones para promover la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura (art. 125). Estas previsiones son extensibles a la Ciudad de Buenos Aires, en virtud del régimen de autonomía del artículo 129 de la Constitución Nacional.

Por lo demás, la Ley Nacional de Educación n° 26.206, que establece qué establecimientos quedan bajo jurisdicción de la ciudad y que no ha sido derogada por el decreto cuestionado, dispone en su art. 121 que corresponde a los gobiernos provinciales y a la Ciudad de Buenos Aires planificar, organizar, administrar y financiar el sistema educativo en su jurisdicción, según sus particularidades sociales, económicas y culturales (inciso b), "[o]rganizar y conducir las instituciones educativas de gestión estatal" (inciso d) y "[a]utorizar, reconocer, supervisar y realizar los aportes correspondientes a las instituciones educativas de gestión privada, cooperativa y social" (inc. e).

A su vez, el Estado Nacional tiene potestades para dictar planes de instrucción general y universitaria (artículo 75, inciso 18 de la Constitución Nacional) y sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales (art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional).

9º) Que, de acuerdo con las normas reseñadas, resulta claro que la decisión de si la escolaridad debe realizarse bajo la modalidad presencial o virtual en los establecimientos de educación inicial, primaria y secundaria dependientes de la Ciudad de Buenos Aires o regulados por ella corresponde, en principio, a ese estado y no a la Nación.

En ese contexto normativo, la decisión de suspender las clases presenciales en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires adoptada por el Estado Nacional —aun a la luz de la declaración de emergencia— solamente podría validarse constitucionalmente si encontrase respaldo en la facultad exclusiva del Congreso para reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13 de la Constitución) o en las facultades concurrentes del Congreso, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires para promover el bienestar de todas las provincias (art. 75, inc. 18 de la Constitución).

Por otro lado, el estándar para determinar si se encuentran satisfechos los requisitos que, en función de estas normas, podrían habilitar la regulación nacional tiene que tomar en cuenta la materia regulada. No debemos olvidar que en el caso se discute, ni más ni menos, la competencia para la prestación del servicio educativo, que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires están constitucionalmente obligadas a asegurar como precondición de la garantía federal del goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5, Constitución Nacional). Dicha obligación les impone especiales responsabilidades sobre los establecimientos educativos que la ley 26.206 pone bajo su jurisdicción. Ello hace inaceptable que la pretensión de limitar la competencia de la Ciudad de Buenos Aires y de las provincias por parte del Estado Nacional se funde en consideraciones meramente conjeturales conectadas a la presunta eficacia para la realización de otros objetivos que el Estado Nacional pueda considerar como socialmente valiosos.

10) Que respecto del art. 75, inc. 13 de la Constitución esta norma confiere al Congreso —o al Presidente mediante el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, siempre que concurriesen las circunstancias previstas en el art. 99, inc. 3° de la Constitución— la atribución para regular el comercio de las provincias entre sí. Como es sabido, esta cláusula ha sido interpretada por el Tribunal bajo un concepto muy amplio del vocablo “comercio”, comprensivo de las actividades interjurisdiccionales en general (cfr. Fallos: 335:1739 y sus citas).

Esta facultad exclusiva del Congreso puede ejercerse únicamente cuando una determinada actividad tiene carácter interjurisdiccional —en sí misma o por sus efectos— y no al revés; esto es, el carácter interjurisdiccional de una actividad no puede ser supuesto meramente porque el Congreso haya legislado sobre ella. En otras palabras, la Nación, mediante una sanción normativa, no puede transformar en

interjurisdiccional lo que, fáctica y jurídicamente, no lo es. Para que una actividad sea interjurisdiccional y, por lo tanto, admita la regulación nacional, es preciso que tenga un alcance, en sí misma o por sus efectos, que exceda los límites de la provincia de que se trate o de la Ciudad de Buenos Aires.

En consecuencia, dado que —según se dijo— está en juego la obligación de las unidades federadas de garantizar la educación dentro de sus límites territoriales, la determinación por parte del Estado Nacional de que una actividad reviste carácter interjurisdiccional no puede presentarse como un hecho meramente conjetural, incluso en una situación de emergencia.

11) Que suspender las clases presenciales en el sistema educativo de la Ciudad de Buenos Aires como medio para alcanzar la meta de una menor circulación de personas entre esa jurisdicción y la Provincia de Buenos Aires, que el gobierno nacional cita como fundamento de sus decisiones, no satisface las exigencias de justificación referidas.

Huelga aclarar que nadie duda de que la pandemia excede todo límite interprovincial y, para el caso, toda frontera nacional. Pero ello no basta para justificar constitucionalmente la adopción de medidas como las que aquí se analizan. Si se supusiera que el alcance transnacional de la pandemia —que, por lo demás, es conceptual y deriva de la propia calificación del fenómeno como tal— determina por sí mismo el carácter interjurisdiccional de cualquier regulación vinculada con ella, ello implicaría el desplazamiento total y absoluto de las autoridades locales en cualquier situación o aspecto de la realidad que guardase un mínimo de conexión con aquel grave problema. Una tesis tal es inadmisible, especialmente cuando la decisión del Estado Nacional impacta en el modo de operación y funcionamiento del sistema educativo a nivel local. No debemos olvidar que, de acuerdo con el conocido canon interpretativo, no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de la adopción de los distintos criterios interpretativos posibles, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros acerca de su razonabilidad y coherencia con el sistema normativo (Fallos: 310:1267; 323:3619; 324:1481; 326:417; 327:769; 328:53, entre muchos otros). No basta, entonces, el carácter transnacional de la situación sanitaria que se intenta paliar para dar por acreditada una suerte de interjurisdiccionalidad *per se* respecto de cualquier medida que se adopte con la finalidad de combatirla.

En esta causa, la Ciudad de Buenos Aires ha proporcionado elementos de juicio que indican que el impacto interjurisdiccional de la actividad regulada es meramente conjetural. Ha mostrado el carácter geográficamente acotado de la prestación de clases presenciales en función de varios indicadores, tales como la baja incidencia de los contagios dentro de los establecimientos educativos, el criterio de proximidad con el que se asignan las vacantes en el sistema público y la reducción en el uso de transportes públicos por alumnos en relación con la tasa de uso previa a la pandemia.

Por su parte, el Estado Nacional en la fundamentación del decreto impugnado hace referencias al transporte de pasajeros dentro del territorio denominado AMBA pero lo hace de modo global, sin discriminar el transporte interno de cada jurisdicción y el transporte que pasa de una a otra y, por lo tanto, ello resulta insuficiente para determinar en qué medida este último —del cual depende, entre otras cosas, la existencia de interjurisdiccionalidad— se habría incrementado como consecuencia del comienzo de las clases presenciales dentro de la Ciudad Autónoma. Sumado a ello, en la demanda se afirma —sin que haya sido puntualmente rebatido por el Estado Nacional— que la mayor parte del alumnado que concurre a escuelas de la Ciudad de Buenos Aires no utiliza el transporte público para concurrir a clases. En consecuencia, si bien el acto cuestionado goza de presunción de legitimidad, la demandante ha demostrado que la pretendida interjurisdiccionalidad, en los términos en que ha sido fundado el decreto y defendido en esta instancia, no excede lo meramente conjetural.

En las condiciones reseñadas, la delimitación de un territorio como el Área Metropolitana Buenos Aires (AMBA) por parte de la Nación no basta para sujetarlo a la jurisdicción federal.

12) Que resta analizar si el artículo 10 último párrafo del decreto 235/2021, texto según el decreto 241/2021, puede encontrar justificación constitucional en lo previsto por el artículo 75, inciso 18.

Si bien no caben dudas de que el Estado Nacional posee potestades concurrentes en materia sanitaria, que hallan cabida en el art. 75 inc. 18 de la Constitución (Fallos: 315:1013; entre otros), estas “no son exclusivas, ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación, sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes que también se

proyectan sobre entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito" (Fallos: 331:2135, considerando 8° y sus citas). Y el hecho de que exista una norma nacional que regula determinada materia sanitaria no implica que, por su sola condición de norma nacional, deba siempre prevalecer y desplazar la posibilidad del ejercicio de potestades locales sobre el mismo asunto. Este Tribunal ha sostenido que "el principio establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional no significa que todas las leyes dictadas por el Congreso tengan el carácter de supremas, cualesquiera sean las disposiciones en contrario de las leyes provinciales: lo serán si han sido sancionadas en consecuencia de los poderes que la Constitución ha conferido al Congreso expresa o implícitamente" (Fallos: 239:343).

Ahora bien: dado que, como se dijo, lo que se encuentra en juego es la organización y funcionamiento del sistema educativo a nivel local, no basta la mera invocación del bienestar general para sustentar una norma nacional como la cuestionada. La única consideración invocada por el Estado Nacional que podría estar ligada al bienestar general ha sido, nuevamente, que la modalidad de dictado de clases en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires tendría un impacto interjurisdiccional, pero —como ya se sostuvo— esa consideración no excede lo meramente conjetural. En consecuencia, para poder justificar la medida que pretende adoptar el Estado Nacional, este debía explicar por qué otra razón la continuidad de la modalidad de clases presenciales en el ámbito de la ciudad afecta el bienestar general de todas las provincias. Y no lo ha hecho.

Sobre esta manera de coordinar las competencias concurrentes, ha resuelto esta Corte que el concepto de facultades o atribuciones concurrentes alude a una regla de distribución que otorga al Congreso competencia para tomar decisiones concernientes a los intereses del país como un todo (Fallos: 243:276; 249:292, voto del juez Oyhanarte) y a las provincias para dictar leyes con imperio exclusivamente dentro de su territorio (Fallos: 239:343). De esta manera, el ejercicio de las facultades concurrentes, manteniéndose en sus propias esferas jurisdiccionales, permite la coexistencia legislativa (ibídem, p. 347), lo cual está de conformidad con la doctrina de este Tribunal, que ha establecido el siguiente principio: el gobierno de la Nación no puede impedir o estorbar a las provincias el ejercicio de aquellos poderes de gobierno que no han delegado o reservado, porque por esa vía podría llegarse a anularlos por completo (ibídem, p. 348) (Fallos: 341:1148).

13) Que lo dicho en el considerando precedente determina también la inaplicabilidad al caso de precedentes como los invocados por la demandada que hacen alusión a la legitimidad de leyes nacionales con alcance general y de aplicación uniforme en todo el territorio de la Nación. Es el caso de Fallos: 318:137 que se refiere a la ley 3959 sobre la defensa de los ganados en el territorio de la República contra la invasión de enfermedades contagiosas exóticas y la acción de las epizootias. Por lo demás, según se desprende de Fallos: 201:336, la ley 3959 fue sancionada por el Congreso en uso de la facultad para reglar el comercio de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13 de la Constitución) y no como una medida orientada al bienestar de la población.

14) Que el reparto constitucional de competencias descripto en los considerandos anteriores no ignora, a la luz de las consideraciones brindadas por el Estado Nacional en la normativa de emergencia dictada desde el comienzo de la pandemia, que el gobierno federal puede intentar coordinar a las autoridades locales en la tarea de determinar si la escolaridad dentro de cada una de sus jurisdicciones debe ser presencial o virtual.

En sentido coincidente con este principio, el decreto de necesidad y urgencia 260/20, que amplió la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541 con fundamento en la pandemia provocada por el COVID – 19, estableció que el Ministerio de Educación debía disponer "las condiciones en que se desarrollará la escolaridad respecto de los establecimientos públicos y privados de todos los niveles durante la emergencia, de conformidad con las recomendaciones de la autoridad sanitaria, y en coordinación con las autoridades competentes de las distintas jurisdicciones" (arts. 1 y 13). El propio artículo 10 del decreto 235/2021 —modificado por el decreto 241/2021—, en su texto mismo, reconoce que la autoridad competente en la Ciudad de Buenos Aires y en las provincias para evaluar el riesgo epidemiológico y la eventual suspensión de clases presenciales es el gobierno de cada uno de esos estados (tercer párrafo) y que el marco está dado por lo resuelto de manera concertada por todas las jurisdicciones participantes del Consejo Federal de Educación (primer párrafo).

En ese contexto, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires aceptaron el papel coordinador del gobierno federal, requiriendo su visto bueno incluso para cumplir con funciones que indudablemente integran el núcleo de sus facultades reservadas (vid. Decisión Administra-

tiva 524/2020). De este modo, contrariamente a lo que afirma el Estado Nacional en su contestación de la demanda, no cabe suponer que las provincias o la Ciudad de Buenos Aires hayan renunciado a facultad alguna, renuncia que por otra parte no podría alcanzar a facultades constitucionales indelegables. Lo único que han hecho es aceptar el rol del Estado Nacional como coordinador, lo que es bien distinto. No resulta, por ello, aplicable la doctrina de los actos propios, reclamada por la demandada.

15) Que, por todo lo anteriormente expuesto, corresponde concluir que la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo de la Nación en el art. 10, último párrafo, del decreto 235/2021, de disponer la suspensión de las clases en la Ciudad de Buenos Aires entre el 15 y el 30 de abril de 2021 de manera unilateral y directa configura una intromisión, durante ese período, en las facultades que corresponden al gobierno autónomo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dirigir el funcionamiento de su sistema escolar y resulta, por ello, contrario a la Constitución Nacional.

16) Que si bien todo lo dicho hasta aquí viene impuesto por consideraciones vinculadas con el texto mismo de la Constitución, lo cual bastaría para sustentar la decisión que hoy debe tomar el Tribunal, hay todavía una razón adicional de máxima importancia que subyace a toda nuestra organización institucional que debe aquí hacerse explícita. Se trata del respeto que todas las autoridades de la República han de rendir al orden institucional y al sistema democrático. La obligación de respetar y acatar el proyecto de república democrática que establece la Constitución Nacional abarca a todas las autoridades de la Nación, sin distinciones (arg. Fallos: 340:1383, considerando 5º). Este sistema institucional, tal como ha sido organizado en la Constitución, se realiza tanto en el nivel nacional como así también en el provincial y municipal, y se asienta no solamente en el carácter electivo de las autoridades ejecutivas y legislativas, sino, particularmente en su deber de responder ante la ciudadanía. En cada uno de los niveles de gobierno, las autoridades son electas por el pueblo de la nación, de la provincia o del municipio y en cada una de esas comunidades políticas las autoridades electas deben responder por sus actos. Más aún, el sistema representativo que organizó desde sus albores nuestra Constitución ha sido reforzado por nuevas cláusulas incorporadas por la Reforma Constitucional en 1994 (cf. arts. 36 a 40). Por ello, si se usurparan las funciones que corresponden a los gobiernos locales sin duda

se subvertiría el carácter representativo del sistema pues se disociaría a los gobiernos locales de las políticas que rigen en sus respectivos territorios, liberándolos de la responsabilidad que les cabe por ellas.

Nunca es sobreabundante recordar que la Constitución es nuestra carta de navegación y debemos aferrarnos a ella en tiempos de calma y más aún en tiempos de tormenta, no dejándonos llevar por la pulsión de decidir al margen de lo que ella exige. De esta manera, la democracia saldrá fortalecida por su eficacia para gobernar la emergencia y no debilitada por el uso de un régimen de excepción ajeno a nuestra Constitución.

17) Que es de máxima importancia hacer dos aclaraciones finales. En primer lugar, todo lo dicho anteriormente se relaciona con el modo en que deben articularse las competencias de la Nación y del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para decidir sobre la razonabilidad de mantener o suspender las clases presenciales en el territorio de la ciudad, pero en modo alguno debe ser interpretado como abriendo juicio sobre cuál de las dos políticas es la más adecuada en cada jurisdicción para armonizar en la crisis los distintos bienes jurídicos involucrados (salud, educación, libertad de circulación, entre otros), cuestión que —naturalmente— resulta ajena a la órbita del Poder Judicial (Fallos: 338:1583; 343:2019; entre muchos otros).

En segundo lugar, nada de lo dicho en esta sentencia pone en duda las potestades del gobierno nacional para tomar medidas de alcance general y uniforme con la finalidad de combatir la pandemia. El análisis se limita, en cambio, a resolver la cuestión de qué autoridad resulta competente para adoptar medidas sanitarias con efectos circunscriptos al interior del sistema educativo de cada jurisdicción, a la luz de las consideraciones brindadas por el propio Estado Nacional al justificar el decreto impugnado. Esto supone resguardar la delimitación de competencias que constituyen la base de la organización institucional del país.

18) Que lo hasta aquí expuesto basta para decidir la acción promovida y torna innecesario el tratamiento de los restantes planteos de la actora, vinculados con el alegado incumplimiento de los requisitos constitucionales que habilitan el dictado de decretos de necesidad y urgencia y con la falta de razonabilidad que achaca a la normativa.

19) Que, finalmente, el hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo haya superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU impugnado, no resulta óbice para que esta Corte emita su pronunciamiento.

Por el contrario, una clásica doctrina de este Tribunal indica que sus poderes se mantienen incólumes para conocer del asunto cuando el desenvolvimiento ordinario de los acontecimientos pudiera sustraer a las cuestiones planteadas de la revisión de esta Corte, frustrándose así su rol de garante supremo de la Constitución Nacional (arg. causas "Acuerdo para el Bicentenario", Fallos: 340:914; "Ríos", Fallos: 310:819; "B.A.", Fallos: 324:4061).

En ese entendimiento, dado que circunstancias como las examinadas en la causa pueden prorrogarse o repetirse en el futuro, el Tribunal entiende que su pronunciamiento no solo no se ha vuelto inoficioso sino que debe orientar, desde lo jurídico -no desde lo sanitario- decisiones futuras. Dicho de otro modo: no se trata solo de ponderar una decisión temporaria y circunstancial, sino de dejar establecido un criterio rector de máxima relevancia institucional en el marco del federalismo argentino.

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación interino, se hace lugar a la demanda respecto del planteo referido a que en el caso concreto se violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con costas en el orden causado (art. 1° del decreto 1204/2001). Notifíquese, comuníquese esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

Carlos Fernando Rosenkrantz.

Voto del Señor Ministro Doctor Don Ricardo Luis Lorenzetti

Resulta:

Que el infrascripto coincide con los resultandos 1 a 9 que encabezan este pronunciamiento, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Considerando:

1°) Que los precedentes de esta Corte Suprema establecen la existencia de reglas estables para la solución del presente conflicto que corresponde recordar.

2°) Que el Poder Judicial debe proteger los derechos humanos para que no sean avasallados. En este sentido, "todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que esta Corte debe proteger" (Fallos: 328:566, "Itzcovich"; voto del juez Lorenzetti).

El Estado no puede sustituir a las personas en las decisiones correspondientes a su esfera individual. En este orden: "una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, "Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil", México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues "aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenía en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor" (Locke, John, "Segundo Tratado sobre el gobierno civil", capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990). Tales derechos fundamentales son humanos, antes que estatales". (Fallos: 328:2056 "Simón", voto del juez Lorenzetti).

Esta tutela de los derechos fundamentales debe ser efectiva y la consiguiente limitación solo puede ser excepcional. En este sentido: "…cuando la pretensión se relaciona con derechos fundamentales, la interpretación de la ley debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano. Los jueces deben evitar interpretaciones que presenten como legítimas aquellas conductas que cumplen con la ley de modo aparen-

te o parcial, causando el perjuicio que la norma quiere evitar" (Fallos: 329:5239, "Di Nunzio", voto del juez Lorenzetti).

En este tipo de conflictos, la finalidad de la decisión judicial es preservar la paz social. "En estos supuestos, la decisión debe fundarse en una razonable ponderación de los principios constitucionales en juego, y en una adecuada consideración de las consecuencias económicas y sociales de la decisión que debe tomarse, ya que la finalidad esencial apunta a contribuir con la paz social. La verdadera misión que tiene el tribunal en casos de relevancia institucional, no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que permita apaciguar los conflictos, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla… Que, a su vez, es necesario fundar las decisiones en principios sostenidos a lo largo del tiempo por la comunidad de juristas, que seguramente permanecerán en el futuro como un modo normal de la convivencia humana. Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho" (Fallos: 330:855, "Rinaldi", voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, considerando 13).

3°) El bloque de constitucionalidad establece un derecho humano a la educación que debe ser satisfecho en la mayor medida posible porque es el que define las oportunidades de desarrollo de una persona.

Este derecho se encuentra reconocido en la Constitución Nacional, en las Constituciones Provinciales y en la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como en distintos tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional según lo previsto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. En ese sentido, cabe destacar que la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene derecho a la educación y que ella tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 26). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a la educación y la obligación de los Estados de proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza. La Convención sobre los Derechos del Niño dispone la necesidad de adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y disminuir la deserción escolar (art. 28).

La importancia de satisfacer el derecho a la educación en la máxima extensión posible, ha sido también reconocida por otras Cortes en otros países. En este sentido la Corte Suprema de los Estados Unidos ha intervenido para terminar con la discriminación en el acceso a las escuelas ("Brown v. Board of Education of Topeka", año 1954) que inició un proceso de judicialización creciente a los fines de garantizar este derecho fundamental (CS USA, "Cooper v. Aaron", "Goss v. Board of Education" (1963), "Griffin v. County School Board of Prince Edward County" (1964).

En conclusión, es deber de los tribunales garantizar la implementación efectiva del derecho a la educación constitucionalmente reconocido.

4°) La Constitución reconoce el derecho a la salud y a la vida respecto de los cuales los demás derechos individuales resultan instrumentales, porque es evidente que no hay educación sin vida humana.

Esta Corte afirmó esta doctrina señalando que el derecho a la vida, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479). Del mismo modo, ha señalado que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema) (Fallos: 328:4640).

La tutela de este derecho es, por lo tanto, una manda consagrada por la Constitución Nacional, y contemplada en las Constituciones provinciales (arts. 5° y 121), y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema; art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1° de los arts. 4° y 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; inc. 1°, del art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Fallos: 330:4647, y causa CSJ 670/2006 (42-S)/CS1 "Sánchez, Elvira Norma c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro", sentencia del 15 de mayo de 2007).

Que en nuestro país el derecho a la salud en tanto presupuesto de una vida que debe ser protegida, es pasible del más alto grado de protección a nivel constitucional. Este Tribunal ha destacado el deber impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales (Fallos: 321:1684; 323:1339; 324:3569; 326:4931 y 328:1708). Así lo ha indicado en Fallos: 323:3229 y 328:1708, en los cuales, se ha señalado la responsabilidad que cabe a las jurisdicciones provinciales en la protección de la salud, en línea con el reconocimiento de las facultades concurrentes.

5°) Que en el presente caso hay que determinar cuál es el máximo grado de satisfacción del derecho a la educación frente a una emergencia sanitaria.

Los precedentes de esta Corte establecen que el ejercicio de los derechos puede ser restringido parcialmente y durante un tiempo limitado cuando es una medida razonable y proporcional en una situación de una emergencia justificada.

En este sentido, estos precedentes han sido consistentes en el juzgamiento estricto de la legislación de emergencia, a partir del año 2006, cambiando la jurisprudencia anterior, que había sido permisiva.

Teniendo en cuenta la eventualidad de repetición de situaciones de emergencias, corresponde recordar lo que ha señalado esta Corte con referencia a las medidas excepcionales basadas en emergencias.

El primer fallo fue en relación a la emergencia económica, y se dijo "Las legislaciones de excepción tienen un plazo para que se produzca su propia extinción, pero su prórroga y su reiteración han inutilizado los mecanismos de autodestrucción y han alimentado los que permiten su conservación. De tal modo la excepción se ha convertido en regla y los remedios normales han sido sustituidos por la anormalidad de los remedios. Esta fundamentación de la regla de derecho debilita el compromiso de los individuos con las leyes y los contratos, ya que la emergencia permanente destruye todo cálculo de riesgos y restringe el funcionamiento económico… Que el derecho es experiencia y ella nos enseña de modo concluyente que la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad y que es necesario volver a la normalidad… Que la Constitución y la ley deben actuar como meca-

nismos de compromiso elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra la previsible tendencia humana a tomar decisiones precipitadas. Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rígidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a necesidades del momento… Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho" (Fallos: 329:5913, "Massa", voto del juez Lorenzetti, considerando 30).

Más específicamente, en relación a la pandemia COVID 19, el Tribunal ha señalado que las medidas que se adopten deben respetar el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, en consonancia con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 9 de abril de 2020 en la Declaración titulada "COVID-19 y Derechos Humanos". El criterio ha sido el siguiente: "Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos" (confr. Fallos: 343:930 "Maggi" y 343:1704 "Lee").

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; 337:1464; 340:1480).

6°) Que, en consecuencia, debe realizarse un juicio de ponderación entre la máxima satisfacción posible del derecho a la educación y la protección de la salud en un contexto de emergencia sanitaria y dentro de un sistema reglado por el Estado de Derecho.

Para esta valoración cabe señalar que la Pandemia COVID 19 se ha extendido en el tiempo, y se ha producido un largo período de restricción de las clases presenciales de los alumnos y, probablemente, deban adoptarse nuevas decisiones al respecto.

Ello obliga a definir claramente el juicio de ponderación en los siguientes términos:

El Estado no tiene facultades para limitar el derecho de una persona para ejercer su derecho a la educación, excepto cuando pueda constituirse en una causa de daños a terceros (art. 19 Constitución Nacional), siempre que no signifique una afectación esencial del derecho.

El principio general de no dañar a otro ("*alterum non laedere*"), ampliamente reconocido por numerosas decisiones de esta Corte Suprema (Fallos: 308:1118, entre otros) tiene plena vigencia en el derecho argentino (art. 1710 Código Civil y Comercial de la Nación) y es de aplicación al caso. En el supuesto del COVID 19, el contacto entre personas puede lograr una transmisión masiva, lo que justificó la medida de cerrar total o parcialmente escuelas en numerosos países en distintas regiones del mundo.

Esta situación de excepción, que habilita la restricción, no puede producir, sin embargo, una afectación esencial del derecho. Ello ocurre cuando la medida es reiterada en el tiempo o implica una profundización irrazonable de las restricciones que impidan el acceso a la educación de calidad.

Por otra parte, quien pretenda restringir el derecho, tiene la obligación de buscar primero los modos alternativos que puedan existir para evitar esa restricción pues, constituye una regla esencial del sistema, que cualquier limitación a los derechos fundamentales debe ponderar el criterio de la menor restricción posible a través del medio más idóneo disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida (arg. art. 1713 Código Civil y Comercial de la Nación).

7°) Que, estos principios jurídicos que surgen de la Constitución y de la interpretación de la Corte Suprema son aplicables cualquiera sea la autoridad que adopte la decisión.

Por esta razón esta Corte, respetando la autonomía de la Provincia de Formosa, señaló que no se pueden afectar derechos de libre tránsito entre provincias (confr. Fallos: 343:930 "Maggi" y 343:1704 "Lee").

En estos considerandos queda claro cuáles son los criterios aplicables a las medidas que establecen este tipo de restricciones y que ellos son aplicables si se establecen en una ley o en un decreto cualquiera sea la autoridad que los emite.

8°) Que, seguidamente corresponde definir, en el caso sometido a decisión, quién está facultado para decidir dentro de este contexto regido por el Estado de Derecho.

Que existen claros precedentes de esta Corte Suprema afirmando la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Este Tribunal ha establecido que la Ciudad de Buenos Aires adquirió un nuevo estatus constitucional que se expresó en el art. 129 de la Constitución Nacional reformada en cuanto estableció que "la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad". En ese entendimiento, en fecha relativamente reciente este Tribunal reconoció que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 342:533).

9°) Que los precedentes de esta Corte Suprema establecen que el poder de las Provincias es originario, lo que importa una interpretación favorable a la competencia autónoma y restrictiva de sus limitaciones.

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) (Fallos: 304:1186; 312:1437; 329:976; 332:66, entre muchos otros).

Ello implica que las provincias pueden dictar las leyes y estatutos que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las prohibiciones enumeradas en el art. 126 de la Carta Magna, y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 7:373; 289:238; 320:89, 619; 322:2331 y 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; y 342:1061).

10) Que los precedentes de esta Corte también establecieron que las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal, que admite poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país.

El sistema federal también reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que deben ser ejercidos de manera coordinada.

De allí la utilidad del diálogo constructivo – entre Nación y provincias- al que alude el concepto de federalismo concertado acuñado a propósito de la defensa de derechos de incidencia colectiva (Fallos: 342:917, "Barrick").

11) **Que en materia sanitaria las competencias son concurrentes entre la Nación y las Provincias** (Fallos: 338:1110; voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco y voto concurrente del juez Lorenzetti; Fallos: 342:1061 "Telefónica Móviles Argentina S.A – Telefónica Argentina S.A", voto de los jueces Maqueda y Rosatti; "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro s/ proceso de conocimiento", CSJ 577/2007 (47-D)/CS1, del 8 de abril de 2021, voto del juez Rosenkrantz).

Esta Corte ha señalado que esas facultades concurrentes deben ser "interpretadas […] de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse" (Fallos: 334:891).

12) **Que, en materia de educación, las competencias también son concurrentes.**

En efecto, en el art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional se establece, entre las atribuciones del Congreso, la de "sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales…".

En ese marco, la Ley Nacional de Educación (ley 26.206) reconoce que la educación y conocimiento son un bien público y un derecho per-

sonal y social garantizado por el Estado, por cuanto ella es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado (arts. 2 y 3).

También dispone claramente que el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de manera concertada y concurrente, son los responsables de la planificación, organización, supervisión y financiación del Sistema Educativo Nacional (art. 12). Aclara que el Gobierno y Administración del Sistema Educativo Nacional es una responsabilidad concurrente y concertada del Poder Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología y de los Poderes Ejecutivos de las provincias y del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El organismo de concertación de la política educativa nacional es el Consejo Federal de Educación (art. 113).

El ámbito de concertación es el Consejo Federal de Educación (art. 116).

Esta Corte ha señalado (Fallos: 340:1795, considerando 15) "Que en nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea la 'base de la educación' –para retomar la expresión del art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional– las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la 'educación primaria' de acuerdo al art. 5°. Este dispone que '[c]ada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure (…) la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones'".

13) Que las reglas precedentemente mencionadas han sido seguidas por las partes durante gran parte del período de la emergencia sanitaria provocada por el COVID 19.

Tanto el gobierno federal como las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cada uno dentro de su autonomía, ejercieron las facultades concurrentes en materia sanitaria y educativa de modo pacífico.

Que la ley 27.541 declaró la emergencia pública en materia sanitaria y social. Posteriormente, el decreto 260/2020 amplió dicha decla-

ración de emergencia en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus Covid-19. En ese marco, se facultó al Ministerio de Salud de la Nación, como autoridad de aplicación.

Que, sobre esta base legal, se ha observado un loable trabajo conjunto entre ambas partes que merece ser destacado. Desde el dictado del decreto de necesidad y urgencia 260/2020 por parte del Poder Ejecutivo Nacional, y los sucesivos mediante los que se estableció el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (decreto 297/2020) o el Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio (decreto 520/2020) entre otros tantos, se han dictado en ambas jurisdicciones distintas normativas tendientes a paliar la extraordinaria situación que ha creado el COVID 19.

14) Que, precisadas las reglas, corresponde delimitar el conflicto de acuerdo con la demanda y la contestación, que conforman y delimitan el objeto procesal del caso que debe resolver esta Corte.

La actora cuestiona únicamente el art. 2° del decreto 241/2021 en cuanto dispuso la suspensión de clases presenciales por un período del 19 hasta el 30 de abril de 2021, señalando que eso lesiona su autonomía.

Habiendo establecido en los considerandos anteriores los requisitos constitucionales que debe contener la medida, y que hay competencias concurrentes entre la Nación y las provincias en relación a la salud y la educación, que ambas ejercieron amigablemente hasta este conflicto, cabe resolver quién debe decidir cuando no hay acuerdo de concertación.

15) Que en ese aspecto y conforme con la jurisprudencia de esta Corte Suprema en materia de educación, cuando no hay acuerdo, es competencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las provincias adoptar este tipo de decisiones específicas.

Ello está claramente definido en los precedentes del Tribunal y también en la legislación.

Esta Corte ya ha dicho (Fallos: 340:1795, considerando 15) que el Estado Nacional delinea la “base de la educación”, pero debe respetar las particularidades provinciales y locales.

Por su parte, la Ley de Educación (ley 26.206), luego de señalar que es una competencia concurrente, establece que la autoridad que regula la concertación es el Consejo Federal de Educación.

Es decir que, el Estado Nacional establece las bases generales y debe respetar las decisiones locales (Fallos: 340:1795, considerando 15) y en caso de desacuerdo hay una guía relevante en las pautas que fija el Consejo Federal de Educación para articular las medidas en función de los objetivos (ley 26.206).

Dicho Consejo, dictó la resolución 387/21 (12 de febrero de 2021) que priorizó la apertura de las escuelas y la reanudación de clases presenciales en todo el país bajo condiciones de seguridad sanitaria y cuidado de la salud de la comunidad educativa, en forma escalonada, conforme con la situación epidemiológica en las unidades geográficas de menor escala en las que resulte posible evaluar el riesgo sanitario y epidemiológico imperante. En esa misma resolución se prevé la posibilidad de instrumentar clases no presenciales en las escuelas que por decisión de las autoridades educativas y sanitarias jurisdiccionales no pueda habilitar las presenciales.

Es decir que, conforme a esta decisión, que obliga a las partes y no ha sido cuestionada, cada unidad geográfica puede decidir evaluando la situación epidemiológica.

Es una medida razonable, en tanto en cada ciudad, en cada región o inclusive en cada escuela de una misma ciudad, es necesario evaluar claramente la situación.

Dicha medida es consistente con recomendaciones internacionales. En este sentido, debe destacarse que UNICEF, el 15 de enero de 2021, en el documento "Posición frente al regreso de clases presenciales en 2021, en el marco de COVID-19", ha precisado, entre otras cuestiones, que "…es fundamental priorizar los esfuerzos para regresar a la educación presencial en las mejores condiciones posibles de seguridad en todas las escuelas del país. En caso de necesidad de confinamiento, UNICEF recomienda que las escuelas sean lo último en cerrar y lo primero en abrir cuando las autoridades comiencen a suprimir las restricciones…"; que "…la educación presencial no parece ser el principal promotor de los incrementos de la infección, los estudiantes no parecen estar expuestos a mayores riesgos de infec-

ción en comparación con el hecho de no asistir a la escuela cuando se aplican medidas de mitigación, y el personal escolar tampoco parece estar expuesto a mayores riesgos relativos en comparación con la población general…"; que "…cerrar las escuelas debe ser una medida de último recurso que solo deberá tenerse en cuenta tras haber considerado todas las opciones disponibles…" y que "…UNICEF insta a que en 2021 la educación presencial sea la regla, siempre que la situación epidemiológica lo permita, con un acuerdo político y social que evite profundizar las brechas de desigualdad de los niños, niñas y adolescentes, y posibilite garantizar su bienestar…". https://www.unicef.org/argentina/articulos/posici%C3%B3n-frente-al-regreso-de-clases-presenciales-en 2021?gclid=Cj0KCQjwyZmEBhCpARIsALIzmnJ8c9H-7QFsm7aGuBEgRpGnTTWtmmUb935769owxaNc37J2YbxHwv-b8aAkOYEALw_wcB

El decreto cuestionado se apartó claramente de esta legislación afectando la autonomía de la ciudad.

16) Que, por otra parte, la referida evaluación no corresponde a los jueces, porque la magistratura carece de información suficiente para decidir sobre cuestiones vinculadas a la salud pública.

No se pueden analizar los datos empíricos relativos a la conveniencia o no de clausurar las clases presenciales, pues ello supondría conocer cuántas escuelas hay, el estado de los edificios, el cumplimiento efectivo de las normas de seguridad en la pandemia, si se ha asegurado la preservación de la salud de los docentes, si los alumnos tienen que usar transporte o pueden llevarlos sus padres, si esa actividad es contagiosa o no.

También debería considerarse que cada ciudad, cada barrio y cada escuela presentan situaciones específicas.

El Poder Judicial no puede evaluar si ese contagio se propaga dentro de un barrio, de la ciudad o al área del AMBA, o si, como ocurrió en el año 2020, lo que sucede en el AMBA luego termina trasladándose a todo el país.

Desde el surgimiento de la pandemia, hubo períodos de clausura y otros de presencialidad en las escuelas. Deberían existir mediciones

científicamente inobjetables sobre el efecto que estas aperturas y cierres tienen sobre el nivel de contagio general.

También sería relevante la información específica que exponga de modo comparativo la influencia del contagio en las escuelas con otras actividades que se permiten.

En este aspecto queda claro que la magistratura no está en condiciones de juzgar la conveniencia de la medida.

Por esta razón, parece contradictorio el argumento del señor Procurador General de la Nación interino en cuanto señala que "Estas consideraciones adquieren especial relevancia frente al contexto epidemiológico actual, cuando es público y notorio que, en los últimos días, la situación se ha agravado debido a la propia dinámica y cambiantes características de la situación de la epidemia" y luego descalifica la norma por falta de pruebas.

En la medida en que es un hecho notorio, no es necesaria la existencia de pruebas, lo que, sumado a la presunción de legitimidad del acto administrativo, no es suficiente a los fines de la descalificación.

17) Que, de todo lo expuesto cabe concluir lo siguiente:

Requisitos constitucionales de las medidas:

1. El deber de los Tribunales es proteger los derechos fundamentales, ya que el Estado no puede sustituir a las personas en las decisiones correspondientes a su esfera individual;

2. Hay un derecho humano a la educación que debe ser satisfecho en la mayor medida posible porque es el que define las oportunidades de desarrollo de una persona;

3. Hay también un derecho a la salud y a la vida respecto de los cuales los demás derechos individuales resultan instrumentales, porque es evidente que no hay educación sin vida humana;

4. Que, en consecuencia, debe realizarse un juicio de ponderación entre la máxima satisfacción posible del derecho a la educación y la

protección de la salud en un contexto de emergencia sanitaria y dentro de un sistema reglado por el Estado de Derecho;

5. Que el criterio es el siguiente: El Estado no tiene facultades para limitar el ejercicio del derecho a la educación de una persona, excepto cuando puede constituirse en una causa de daños a terceros (art. 19 Constitución Nacional), siempre que ello no signifique una afectación esencial del derecho, lo que ocurre cuando la medida es reiterada en el tiempo o implica una profundización irrazonable de las restricciones que impidan el acceso a la educación de calidad;

6. Estos criterios son aplicables a medidas adoptadas por todas las autoridades, sean de la Nación o de las provincias. Por esa razón esta Corte señaló que una Provincia no puede violar la libertad de tránsito y derechos fundamentales establecidos en la Constitución (confr. Fallos: 343:930 "Maggi" y 343:1704 "Lee").

Autoridad competente:

- Que existen claros precedentes de esta Corte Suprema afirmando la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El poder de las Provincias es originario, lo que importa una interpretación favorable a la competencia autónoma y restrictiva de sus limitaciones.

- Las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal, que admite poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país.

- La competencia entre provincias y Nación en materia sanitaria es concurrente (Fallos: 338:1110; voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco y voto concurrente del juez Lorenzetti; Fallos: 342:1061 "Telefónica Móviles Argentina S.A – Telefónica Argentina S.A", voto de los jueces Maqueda y Rosatti; "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro s/ proceso de conocimiento", CSJ 577/2007 (43-D)/CS1, del 8 de abril de 2021, voto del juez Rosenkrantz).

- La competencia entre provincias y Nación en materia educativa es concurrente (ley 26.206).

- Las partes ejercieron pacíficamente esa competencia concurrente hasta el presente caso, donde hay que decidir cómo se resuelve el desacuerdo en el supuesto de competencias concurrentes.

Regla en caso de desacuerdo:

- Esta Corte ha dicho que el Estado Nacional establece las bases generales y debe respetar las decisiones locales (Fallos: 340:1795, considerando 15) y en caso de desacuerdo hay una guía relevante en las pautas que fija el Consejo Federal de Educación (ley 26.206).

- Dicho Consejo, dictó la resolución 387/21 (12 de febrero de 2021) que priorizó la apertura de las escuelas y la reanudación de clases presenciales en todo el país bajo condiciones de seguridad sanitaria y cuidado de la salud de la comunidad educativa, en forma escalonada, conforme con la situación epidemiológica en las unidades geográficas de menor escala en las que resulte posible evaluar el riesgo sanitario y epidemiológico imperante.

- Que esta guía no puede ser sustituida por los jueces que carecen de información suficiente para decidir sobre cuestiones vinculadas a la salud pública. No se pueden analizar los datos empíricos relativos a la conveniencia o no de clausurar las clases presenciales, pues ello supondría conocer cuántas escuelas hay, el estado de los edificios, el cumplimiento efectivo de las normas de seguridad en la pandemia, si se ha asegurado la preservación de la salud de los docentes, si los alumnos tienen que usar transporte o pueden llevarlos sus padres, si esa actividad es contagiosa o no. También debería considerarse que cada ciudad, cada barrio y cada escuela presentan situaciones específicas.

- El Poder Judicial no puede evaluar si ese contagio se propaga dentro de un barrio, de la ciudad o al área del AMBA, o si, como ocurrió en el año 2020, lo que sucede en el AMBA luego termina trasladándose a todo el país y para ello debería recurrirse a información científica.

- La necesidad de regular una situación de emergencia que comprenda varias regiones o provincias, denominada “interjurisdiccionalidad”, ha sido cubierta por el Consejo Federal, estableciendo un criterio del cual se aparta la norma impugnada en esta causa.

Conclusión:

- La CABA y las provincias pueden regular la apertura de las escuelas conforme con las disposiciones de la ley 26.206 y la resolución 387/21 del Consejo Federal de Educación, priorizando la apertura y la reanudación de las clases presenciales.

- El Estado Nacional solo puede regular el ejercicio del derecho a la educación de modo concurrente con las provincias (ley 26.206), estableciendo las bases (Fallos: 340:1795, considerando 15), pero no puede, normalmente, sustituirlas, ni decidir de modo autónomo apartándose del régimen legal vigente (ley 26.206).

18) Que, finalmente, el hecho de que el estricto acatamiento de los plazos procesales propios del juicio sumarísimo haya superado al breve plazo de vigencia temporal del DNU impugnado, no resulta óbice para que esta Corte emita su pronunciamiento, dado que circunstancias como las examinadas en la causa pueden prorrogarse o repetirse en el futuro (doctrina de Fallos: 340:914, entre otros).

Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación interino, se hace lugar a la demanda respecto del planteo referido a que en el caso concreto se violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con costas en el orden causado (art. 1° del decreto 1204/2001). Notifíquese, comuníquese esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

Ricardo Luis Lorenzetti.

CENTRAL PUERTO S.A. c/ BUENOS AIRES, PROVINCIA
DE S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Si bien la determinación de las órbitas de competencia entre los poderes del gobierno federal y los del Estado provincial se cuenta entre una de las más trascendentes funciones jurisdiccionales que ejerce la Corte por vía de su instancia originaria, su ejercicio mediante la acción declarativa de inconstitucionalidad requiere de la existencia de un caso o controversia, en los términos del art. 2° de la ley 27.

ACCION DECLARATIVA DE CERTEZA

El requerimiento por parte de la provincia dirigido a la percepción del impuesto a los ingresos brutos que se estima adeudado traduce un interés serio y suficiente para obtener la declaración de certeza pretendida por la empresa actora, en tanto no se trata de una mera indagación o consulta, sino que la conducta apuntada responden a la presencia de un caso o causa que determina la intervención de la Corte.

HECHO IMPONIBLE

Si el hecho imponible es un hecho productor de efectos jurídicos por voluntad de la ley; el núcleo central es el presupuesto de hecho al cual la ley vincula el nacimiento de la relación tributaria en sus aspectos sustanciales, de acuerdo a los distintos momentos y criterios de vinculación.

HECHO IMPONIBLE

El gravamen no se aplica en abstracto sino sobre actos y operaciones realizados en ejercicio de cualquier actividad de las que la ley enuncia como hecho generador del impuesto, es decir, las acciones o actos materiales que traducen tal ejercicio.

ENERGIA ELECTRICA

La ley 14.772 declaró de jurisdicción nacional los servicios públicos de electricidad interconectados que se prestaban en la Capital Federal y diversos partidos de la Provincia de Buenos Aires (art. 1°), y se aclaró que ellos se desarrollarían respetando los poderes locales en todo aquello que fuera compatible con la jurisdicción técnica y económica que corresponde al Estado Nacional (art. 5°).

ENERGIA ELECTRICA

La ley 15.336, en su art. 6° -que no ha sido derogado por la ley 24.065-, declaró de jurisdicción nacional la generación de energía eléctrica cualquiera sea su fuente, su transformación y transmisión, cuando los servicios se vinculen con: la defensa nacional (inc. a), el comercio de esa energía entre la Capital Federal y una o más provincias o entre una provincia con otra (inc. b), los lugares sometidos a legislación exclusiva del Congreso Nacional (inc. c), los aprovechamientos hidroeléctricos interconectados (inc. d), la red nacional de interconexión (inc. e), el comercio de energía eléctrica con una nación extranjera (inc. f) y, la generación de energía eléctrica mediante energía nuclear o atómica (inc. g).

ENERGIA ELECTRICA

El art. 12 de la ley 15.336 no consagra una inmunidad impositiva absoluta, por lo que ha de respetarse el poder de policía e imposición local, en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines perseguidos por la ley nacional.

ENERGIA ELECTRICA

Si bien en el mercado a término los precios son libremente pactados entre compradores y vendedores (cfr. art. 9°, resolución SEE 61/92), es el propio reglamento el que ordena que los generadores sujeten su accionar –en orden al cálculo y la concertación de esos precios- a los procedimientos fijados en su anexo I (cfr. art. 13); y es en estos donde se puntualiza que el Organismo Encargado del Despacho incorporará a la facturación y/o liquidaciones únicamente los impuestos autorizados por la Secretaría de Energía Eléctrica quien, primero mediante la resolución (SE) 8/02, y luego por medio de la (SE) 1/03, dispuso con carácter general que no los aceptará dentro de los costos declarados.

ENERGIA ELECTRICA

La autoridad nacional con base en el art. 12 de la ley 15.336 y en ejercicio de la competencia atribuida por los arts. 35 y cc. de la ley 24.065, prescribe que la forma de determinar el costo variable de producción de los agentes generadores, no deben incorporarse los tributos locales, puesto que se configura una hipótesis de restricción o de dificultad en la libre producción y circulación de la energía eléctrica (cfr. tercer párrafo del punto 1.1. del anexo I de la resolución SE 1/03).

ENERGIA ELECTRICA

Toda vez que los generadores de energía eléctrica -entre los que se encuentra la empresa actora- que actúan en el mercado eléctrico mayorista, se hallan legal y técnicamente impedidos de incorporar en sus costos el impuesto provincial sobre los ingresos brutos que le reclama la provincia, ello conduce a la exclusión de la pretensión fiscal basada en el carácter territorial del impuesto, su ámbito de validez espacial, en la medida de su incidencia en la regulación nacional.

INTERPRETACION DE LA LEY

La inteligencia de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y a ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos, de tal modo que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador.

ENERGIA ELECTRICA

La mención inserta en contratos celebrados por la empresa actora respecto de la obligación de incluir en el precio los impuestos locales no puede hacer suponer la aceptación de su pago, pues un acuerdo de voluntades bilateral no es hábil para alterar lo dispuesto en el marco regulatorio energético con respecto a la estructura de costos y su fuerza se diluye frente a la conformación del régimen de electricidad y a la actuación concreta de la autoridad de aplicación a través del dictado de resoluciones al respecto.

ENERGIA ELECTRICA

No resultan atendibles los argumentos de la provincia que reclama el pago de ingresos brutos acerca de los alcances de las cláusulas contractuales firmadas por la empresa actora respecto de la obligación de incluir en el precio los impuestos locales, frente a las leyes orgánicas 15.336 y 24.065, sus modificatorias y complementarias, por las que se planifica, se establecen pautas generales y se ordena la política energética en un marco de regulación federal que descansa en normas de jerarquía superior (art. 75, incisos 13, 18 y 30 de la Constitución Nacional).

IMPUESTOS PROVINCIALES

Las facultades provinciales no pueden amparar una conducta que interfiera en la satisfacción de un interés público nacional, ni justifican la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de la Nación toda.

SISTEMA FEDERAL

El sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; y no debe verse aquí enfrentamiento de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes.

ENERGIA ELECTRICA

La controversia sobre el alcance de la actividad económica de la empresa actora – generación y comercialización de energía eléctrica-, es decir, si debe considerársela realizada íntegramente en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o si se extiende al territorio de la Provincia de Buenos Aires, así como la localización de los gastos realizados por la empresa y su relevancia para decidir la cuestión, es un punto que debe ser resuelto siguiendo, principalmente, los criterios establecidos en el Convenio Multilateral, firmado por las provincias y la Ciudad de Buenos Aires y éste, no hace parte del derecho federal, sino del derecho público de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ra-

zón por la cual no habilita la competencia originaria de la Corte en razón de la materia (Voto del juez Rosenkrantz)

ENERGIA ELECTRICA

El planteo de la empresa actora respecto a que el impuesto exigido por el fisco de la Provincia de Buenos Aires interfiere en el adecuado funcionamiento del régimen federal regulatorio de la producción, transporte y comercialización de la energía eléctrica, exige trazar el límite entre las competencias atribuidas por la Constitución a las autoridades nacionales y aquellas reservadas por las provincias, cuestión que es de inequívoca naturaleza federal y con este alcance, tratándose de una acción dirigida contra una provincia, la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte (Voto del juez Rosenkrantz).

ENERGIA ELECTRICA

La incidencia del impuesto sobre los ingresos brutos entorpece el funcionamiento del mercado eléctrico mayorista, en particular las transacciones que corresponden al mercado spot, esto es, ventas de energía que se concretan a un precio fijado por el Organismo Encargado del Despacho sobre la base de los costos de producción y transporte de la energía, entre los cuales no se incluye la carga representada por los impuestos provinciales (Voto del juez Rosenkrantz).

ENERGIA ELECTRICA

Toda vez que la empresa actora se halla legal y técnicamente impedida de incorporar el impuesto sobre los ingresos brutos en el precio sin alterar la tarifa fijada por la autoridad nacional si debiese afrontarlo lo soportaría íntegramente sobre sus rentas, incurriéndose así en consecuencia en una doble imposición prohibida por la ley (Voto del juez Rosenkrantz).

ENERGIA ELECTRICA

Los impuestos provinciales hacen imposible estabilizar de modo óptimo el mercado eléctrico pues crean una artificial preferencia por el mercado spot, dado que en este mercado el precio de la energía no puede

afectarse por impuestos provinciales conforme lo decidido en "Centrales Térmicas Patagónicas S.A." (Fallos: 336: 1415); así la artificial preferencia por el mercado spot que crearían impuestos provinciales sobre el mercado a término dificultaría que mediante transacciones en el mercado a término se reduzca la incertidumbre de precios futuros, objetivo buscado por el regulador nacional (Voto del juez Rosenkrantz).

ENERGIA ELECTRICA

La distorsión que introducen los tributos provinciales en el régimen regulatorio de la generación y comercialización de energía se debe a que los mercados creados por dicho régimen no son el producto de la actividad espontánea de los agentes económicos, sino de una minuciosa ingeniería institucional que hace posible la interacción entre productores, distribuidores y consumidores de energía eléctrica del modo en que el regulador ha considerado se satisfarán con más probabilidad los objetivos por él buscados (Voto del juez Rosenkrantz).

ENERGIA ELECTRICA

La organización o reorganización de los factores que deben determinar la conducta de los agentes del mercado eléctrico que realizan las autoridades nacionales se frustraría si se permitiese la intervención descoordinada y unilateral de las autoridades provinciales; una injerencia semejante de las provincias —tributaria o de cualquier otro carácter— en la actividad de los agentes del mercado eléctrico muy probablemente modificará los resultados que pretende alcanzar la autoridad regulatoria federal (Voto del juez Rosenkrantz).

ENERGIA ELECTRICA

La regla sentada por la Corte en el precedente "Centrales Térmicas Patagónicas S.A." (Fallos: 336:1415) debe también aplicarse a las transacciones realizadas en el mercado a término de la energía y, por consiguiente, corresponde declarar que las ventas de los generadores en el mercado eléctrico mayorista se encuentran exentas del impuesto provincial sobre los ingresos brutos, en los términos del art. 12 de la ley 15.336 en tanto se trata de un impuesto que dificulta y restringe la libre producción y circulación de la energía eléctrica (art. 15 de la ley 15.336) (Voto del juez Rosenkrantz).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A 11/31, Central Puerto S. A. (en adelante, "Central Puerto") promueve acción declarativa de certeza contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de su pretensión tributaria, consistente en gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos la actividad de generación y comercialización de energía eléctrica que desarrolla en el Mercado Eléctrico Mayorista ("MEM").

Relata que si bien nunca desempeñó esa actividad en el territorio de la demandada, la Provincia emitió las disposiciones 2.027/2012 y 4.804/2012, por las que determinó de oficio su obligación tributaria en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, accesorios y multas, por los periodos enero de 2005 a octubre de 2009. Afirma que la provincia entendió que Central Puerto -al incurrir en ciertos gastos de transporte y entregar la energía que comercializa en su jurisdicción- había desarrollado allí su actividad gravada.

Por el contrario, explica que los aludidos gastos de transporte son, en realidad, cargos variables por energía transportada, por lo que no tienen vinculación alguna con la Provincia de Buenos Aires. Puntualiza que, en rigor, no hay un punto de entrega física de energía en el territorio provincial, puesto que el *"Nodo Ezeiza"* es un punto de referencia fijado para la determinación del precio y la distribución de los cargos de transporte; empero la energía que genera Central Puerto es inyectada en nodos de conexión ubicados en sus plantas generadoras situadas en la Provincia del Neuquén y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Afirma que la interpretación que realiza la demandada de su actividad desnaturaliza los lineamientos del régimen federal de la energía eléctrica, a la vez que excede las potestades tributarias locales e interfiere en las atribuciones delegadas a la Nación.

Alega, además, que el gravamen que se le reclama restringe o dificulta la libre producción y circulación de la energía e interfiere con

la potestad tributaria de otras jurisdicciones locales que, al adherir al denominado *"Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento"*, reconocieron la potestad exclusiva de la Nación para establecer tributos sobre la actividad que ella desempeña.

Funda su tesitura en los arts. 9°, 10, 11, 75 -incs. 13 y 18-, y 126 de la Constitución Nacional, así como en el Pacto Federal ya citado, las leyes 15.336 y 24.065, el decreto reglamentario 1.398/92 y la resolución de la ex Secretaría de Energía Eléctrica 61/91. Asimismo, sostiene que la pretensión local colisiona con el principio de solidaridad federal, la cláusula del progreso y la política económica nacional en materia de energía eléctrica. En este último punto, refiere que la autoridad federal decidió no incluir el impuesto sobre los ingresos brutos dentro de los conceptos que forman parte de su precio.

Solicita el dictado de una medida cautelar que ordene a la provincia, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en estas actuaciones, que se abstenga de iniciar acciones ejecutivas de cobro por el impuesto aquí discutido, sus intereses y multas; como así también de solicitar y trabar medidas cautelares contra Central Puerto y sus ex o actuales directores , síndicos y gerentes que hayan sido imputados como responsables solidarios de la deuda reclamada y que suspenda toda actuación administrativa en trámite ante la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) y ante el Tribunal de Apelación provincial.

En último lugar, requiere que se cite en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al Estado Nacional -Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (Secretaría de Energía)- como tercero interesado, al entender que la controversia le es común en tanto la Provincia, al interpretar el régimen federal de la energía eléctrica, se arrogó facultades propias de la Secretaría de Energía.

-II-

A fs. 514/517, V.E. -de conformidad con el dictamen de este Ministerio Público de 510/513- declara que esta causa corresponde a su competencia originaria, corre traslado de la demanda a la Provincia de Buenos Aires y hace lugar a la medida cautelar solicitada. En el mismo acto, cita como tercero al Estado Nacional.

-III-

A fs. 614/624, se presenta el Estado Nacional y contesta su citación.

En resumen, señala que las materias relacionadas con la energía eléctrica constituyen una potestad exclusiva del Estado Nacional y que la pretensión tributaria provincial, tal como aquí se manifiesta, traduce un avasallamiento a potestades.

Por otra parte, puntualiza que, a partir de lo establecido en el "*Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento*", la Provincia de Buenos Aires no puede gravar con impuestos locales la actividad de generación de energía eléctrica (fs. 623, último párrafo). Al respecto, estima que, frente a la colisión de normas federales y locales, deben prevalecer las primeras con sustento en el art. 31 de la Constitución Nacional.

-IV-

A fs. 654/675, contesta la demanda la Provincia de Buenos Aires.

Relata haber verificado que Central Puerto liquida el impuesto sobre los ingresos brutos con base en las ventas de energía que realiza en las jurisdicciones en las que se encuentran los nodos por los que se conecta al Sistema Argentino de Interconexión (SADI). Frente a ello, se queja porque la empresa no se inscribió en la Provincia de Buenos Aires para el pago del tributo en cuestión, al considerar que esa actividad sí se desarrolla en su territorio. Califica la conducta de la actora como contradictoria pues, a la vez que cuestiona aquí la gabela arguyendo que no podría trasladar su costo, paralelamente se somete voluntariamente a su pago en otras provincias.

En segundo lugar, sostiene que no resulta aquí aplicable el criterio de la Corte en la causa C. 1380, L. XL, "*Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa*", sentencia del 17 de septiembre de 2013, por tratarse de situaciones de hecho distintas a las aquí planteadas. Justifica su tesitura en que, en ese caso, se estudiaron operaciones comerciales de energía realizadas en el mercado "*spot*" a través de la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A., mientras que aquí se trata de negocios jurídicos concretados libremente en el "*mercado a término*".

Defiende la legitimidad del impuesto cuyo cobro persigue, al considerar que se ha configurado su presupuesto de hecho en el territorio provincial, dado que la actora soportó gastos y devengó ingresos por los negocios jurídicos que celebra con los grandes usuarios allí situados, para comercializar su energía.

En el aludido contexto, argumenta que lo determinante es la jurisdicción en la cual se efectúan esos gastos que guardan relación causal con la actividad principal de la contribuyente, ya que no pretende gravar el hecho físico de la generación de energía ni su inyección en el sistema integrado, sino una concepción económica que abarca también su posterior comercialización.

Finalmente, señala que su pretensión tributaria no resulta contraria al Pacto Federal y que, en virtud de las prórrogas que éste ha experimentado, no tiene la obligación de derogar el impuesto sobre los ingresos brutos en virtud de que este no constituye un tributo específico que grave la transferencia de energía.

-V-

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 generación de energía eléctrica que desarrolló desde enero de 2005 hasta octubre de 2009.

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, entiendo que se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el art. 322 del CPCCN pues mediante las disposiciones (ARBA) 2.027/12 y 4.226/13, obrantes en copia 68/131 y 530/600, respectivamente, se determinó de oficio el impuesto sobre los ingresos brutos por los períodos antes mencionados, con más sus intereses y multas, y se intimó a la empresa a 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.

En mi parecer tales requerimientos -a los que la actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal- representan una conducta explícita de la demandada, dirigida a la *"percepción"* del impuesto que estima adeudado (Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421 y 330:2049, entre otros), con 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.

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 el marco de lo expuesto, 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.

La circunstancia de que la actora haya abonado el impuesto sobre los ingresos brutos en otras provincias en nada tuerce lo expuesto. Ello es así pues, por una parte, lo que dicha parte aquí plantea es, entre otras cuestiones, la falta de sustento territorial de la pretensión tributaria de la demandada. y, por otro lado, porque esos abonos, realizados a otras provincias, carecen de virtualidad suficiente para afirmar que la accionante se ha sometido voluntariamente al tributo que aquí se discute, a poco que se repare que la exigibilidad de las obligaciones tributarias en cuestión tiene por fuente un acto legislativo y unilateral del Estado provincial, y 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 y más recientemente mi dictamen en la causa C. 1380, L. XL,

"Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa", del 15 de abril de 2008, que V.E. da por reproducido en el cons. 2° de su sentencia del 17 de septiembre de 2013).

Finalmente, considero que esa Corte sigue siendo competente para entender en esta causa, a tenor de lo ya dictaminado a fs. 510/513.

-VI-

Tal como ha quedado planteada la presente litis, se desprende que el *thena decidendum* finca en determinar si -La provincia demandada puede o no gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos la actividad de generación de energía eléctrica para su venta en el MEM, actividad de interés general a la luz de las normas federales reguladoras de la actividad (arg. arts. 1° y cc. de la ley 24.065).

Precisando aún más la cuestión, en ambas determinaciones de oficio la Provincia pretende incluir en la base imponible del tributo los ingresos provenientes de la venta de energía generada (bajo el código NAIIB 401110) tanto en el mercado a término como en el mercado spot, de energía no generada (bajo el código NAIIB 401110-3), y venta de potencia (bajo el código NAIIB 749900) en el mercado spot (crf. disposición 2.027 / 12 a fs. 71 vta., quinto párrafo, y disposición 4. 804/12 a fs. 535, cuarto párrafo).

-VII-

Respecto de la inclusión en la base imponible de los ingresos provenientes de las ventas en el mercado spot, advierto que la cuestiones propuestas son sustancialmente análogas a las ya examinadas en mi dictamen del 15 de abril de 2008 en la causa C. 1380, L. XL, *"Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa"* y en la sentencia de V.E. del 17 de septiembre de 2013, a cuyos términos me remito en cuanto fueren aplicables a esta causa.

-VIII-

En lo atinente a la inclusión en la base imponible de los ingresos provenientes de las ventas en el mercado a término, no es ocioso re-

cordar que una arraigada doctrina del Tribunal ha establecido que lo relativo al régimen de la energía eléctrica se inscribe en un marco de regulación federal incorporado al concepto abarcador que supone la interpretación del art. 75, inc. 13, de la Constitución Nacional. En esa inteligencia, corroborada en Fallos: 320:1302, se dijo que el Congreso dictó las leyes 15.336 y 24.065 por las que se planifica, se establecen pautas generales y se ordena la política energética nacional.

En ese contexto legal es que debe resolverse si la potestad tributaria provincial aquí cuestionada pone en crisis a ese régimen, advirtiendo, por si cupiera alguna duda, que la ley 24.065, modificatoria en ciertos aspectos de la mentada ley 15.336, no modificó ni derogó el art. 12 de ésta, tal como se dijo en Fallos: 322:2598, y 325:723, entre otros.

Esa disposición, ha dicho esa Corte en consonancia con lo sostenido por este Ministerio Público, *"no consagró una inmunidad impositiva absoluta. En efecto, aquella norma -indicadora del carácter objetivo de la exención que consagra- establece que 'las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión de la energía eléctrica de jurisdicción nacional y la energía eléctrica generada o transportada en las mismas no pueden ser gravadas con impuestos y contribuciones, o sujetas a medidas de legislación local que restrinjan o dificulten su libre producción y circulación'. Tal criterio resulta, por otro lado, compatible con lo dispuesto por el art. 75, inc. 30, de la Constitución. Nacional, que establece como facultad del Congreso legislar 'para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional' aunque respetando el poder de policía e imposición local en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines"* (Fallos: 322:2598, cons. 9°).

A tenor del art. 1° de la ley 24.065, la actividad realizada por la actora, en tanto está destinada a abastecer un servicio público (el de transporte y distribución de energía eléctrica en el MEM) se considera *"de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo"*.

Como ya sostuve en mi dictamen del 15 de abril de 2008 en la causa C. 1380, L. XL, *"Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa"*, resulta a mi juicio ostensible que, a pesar de no encontrarnos ante un servicio público, la generación de

energía también ha sido rodeada por el legislador federal de una serie de garantías cuando está afectada a abastecer al sistema federal de energía eléctrica.

Cierto es que el art. 6° de la ley recién mencionada determina que los generadores podrán celebrar contratos de suministro directamente con distribuidores y grandes usuarios, y que estos contratos serán libremente negociados entre las partes -el denominado "mercado a término", según el art. 35, inc. a)-.

En sintonía con ello, el art. 9° de la resolución 61/1992 de la ex Secretaría de Energía Eléctrica (y sus modificaciones) establece que el MEM se compone de: *"a) un Mercado a Término, con contratos por cantidades, precios y condiciones pactadas libremente entre vendedores y compradores, b) Un Mercado Spot, con precios sancionados en forma horaria en función del costo económico de producción, representando por el Costo. Marginal de Corto Plazo medido en el Centro de Carga del Sistema..."* (el subrayado me pertenece).

Pero no menos cierto es que el art. 13 de la citada resolución fija que el Organismo Encargado del Despacho (OED), así como los distintos actores del MEM -entre los que se encuentra la actora- *"sujetarán su accionar"* al Reglamento de Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas, y el Cálculo de Precios que, como anexo I, forma parte integrante de acto (en adelante, los *"Procedimientos")*.

El capítulo 5) de ese anexo se ocupa de la facturación, cobranza y liquidación, y allí contempla que: *"El proceso de facturación correspondiente a la operación del MEM se realizará mensualmente dentro de los primeros cinco días corridos del mes siguiente. A estos efectos, el OED actuará como mandatario, interviniendo en los procesos de emisión de facturas, liquidaciones y cobranzas por cuenta y orden de los agentes del MEM, según los procedimientos y modalidades explicitadas en el presente capítulo. Dado el carácter de mercado único bajo el cual se desarrolla la comercialización en el MEM, a los efectos del cálculo de las acreencias o las deudas que cada agente mantiene con el resto de los agentes participantes en las transacciones de cada mes, se aplicará el criterio de proporcionalidad. Este sistema de facturación implica que cada comprador en el MEM es deudor para con cada uno de los agentes que resultaron vendedores, en forma propor-*

cional a su participación en el importe total de la venta. Un sistema de cobranzas centralizado asegurará que los pagos se efectúen e imputen guardando idéntico criterio de proporcionalidad, conforme los deudores vayan cancelando sus deudas. El OED será responsable de producir toda la información necesaria a estos efectos y emitirá por cuenta y orden de los agentes del MEM la documentación comercial, conforme los procedimientos explicitados en el presente capítulo. Asimismo administrará el sistema de cobranzas centralizado y el sistema de cancelación de deudas asociado".

Y, en lo que resulta objeto de debate en este pleito, el punto 8) de ese capítulo 5) especifica que: *"El OED incorporará a la facturación y/o liquidaciones y procederá a transferir a la cuenta que corresponda los impuestos que en cada caso correspondieren, según las instrucciones que le imparta la Secretaría de Energía Eléctrica"* (subrayado, añadido).

Al tal fin, la Secretaría de Energía (SE) dictó la resolución 8/02 y, posteriormente, la resolución (SE) 1/03.

En el art. 2° de la resolución (SE) 1/03 se dispuso que la programación de la operación, el despacho de cargas y el cálculo de precios para el período estacional invierno 2003 debía ser efectuado conforme al procedimiento contenido en su anexo I.

El punto 1.1) de ese anexo fija que las declaraciones de costos variables de producción que realicen los generadores térmicos para cada una de sus unidades de generación, en pesos por megavatio hora ($/MWh), deben acompañarse con un informe técnico que justifique esos valores. El informe debe incluir un detalle de la estructura de costos abierta en los siguientes conceptos:

a) Costo variable del combustible entregado en la central.

b) Costos variables de mantenimiento.

c) Otros costos variables no combustibles.

Y allí claramente se ordena: *"En ninguno de los conceptos precedentes se aceptará la inclusión de tasas, contribuciones y/o impues-*

tos dentro de los costos declarados" (cfr. tercer párrafo del punto 1.1. del anexo I de la resolución SE 1/03).

Luego, mediante su similar (SE) 703/2003, se instruyó al OED a prorrogar la aplicación del art. 2° de la resolución (SE) 1/03 hasta tanto la secretaria de Energía no disponga lo contrario.

Con lo expuesto hasta aquí es claro, en mi parecer, que si bien en el mercado a término los precios son libremente pactados entre compradores y vendedores (Cfr. art. 9° de la resolución SE 61/92), es el propio reglamento el que ordena que los generadores sujeten su accionar -entre ellos, en lo relativo al cálculo y la concertación de esos precios- a los *"Procedimientos"* fijados en su anexo I (cfr. art. 13), y en éstos se especifica que el OED incorporará a la facturación y/o liquidaciones únicamente los impuestos autorizados por la Secretaria de Energía Eléctrica quien, primero mediante la resolución (SE) 8/02, y luego por medio de la (SE) 1/03, dispuso con carácter general que no se aceptará la inclusión de tasas, contribuciones y/o impuestos dentro de los costos declarados (que son un elemento integrante, en definitiva, de aquel precio).

Bajo este prisma, tengo para mí que dicha autoridad nacional, con aplicación de la mentada norma del art. 12 de la ley 15.336 y en ejercicio de la competencia atribuida por los arts. 35 y cc. de la ley 24.065, decidió indubitablemente que, en la forma de determinar el costo variable de producción de los agentes generadores, no debía incorporarse a los tributos locales, puesto que se configuraba una hipótesis de restricción o de dificultad en la libre producción y circulación de la energía eléctrica (cfr. tercer párrafo del punto 1.1. del anexo I de la resolución SE 1/03).

Y, por otra parte, si se repara en las respuestas brindadas por CAMESSA (f s. 782, pto. 4°) y en lo especificado en la resolución (SE) 24 6/02 (ver anexo 33, fs. 835), queda corroborado que, en virtud de los reglamentos mencionados, ni la actora, ni ninguna otra generadora que actuase en el MEM, estaba autorizada para incluir el tributo aquí discutido en sus costos.

En mi parecer, esa declaración de la autoridad federal competente respecto de la conformación de los costos de generación de la energía eléctrica implica que la actividad que desarrolla la demandante se en-

cuentra alcanzada por la exención del gravamen cuestionado a fin de impedir , como de hecho sucedería, que incida en la libre producción y circulación de la energía eléctrica; y que, al valorar como necesaria su fijación, no ha sido una falta de previsión de su parte con relación a las facultades de imposición local, sino un examen de mérito en el que consideró la medida como un medio idóneo para alcanzar los fines federales perseguidos.

Cabe indicar que, como ya lo sostuvo V.E. en el citado precedente de c. 1380, L. XL, *"Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa"* del 17 de septiembre de 2013 (cons. 13), no debe entenderse que dicha exención se origina exclusivamente en un reglamento sino que constituye el ejercicio, por parte de la autoridad nacional, de claras facultades constitucionales otorgadas a la Nación y ejercidas por el legislador en el art. 12 de la ley 15.336 (art. 75, inc. 18, Constitución Nacional; Fallos: 68:227; 183:181 y 190, entre otros). Por ello, no puede verse en ello una conculcación de las facultades de la autoridad provincial, sino la consagración de las disposiciones que regulan la especie, emanadas del órgano competente a nivel federal, que además de gozar de la consabida presunción de legitimidad (Fallos: 250 36) , se inscriben en las que el Estado Nacional clasifica en el ámbito energético legal como demostrativas de la determinación de los medios apropiados para lograr los fines de interés nacional en esa materia (Fallos: 304:1186; 322:2624; 327:2369, entre otros).

En estas condiciones y bajo este prisma, forzoso es colegir que la actora se halla legal y técnicamente impedida de incorporar en sus costos el impuesto provincial sobre los ingresos brutos que le reclama la Provincia y ello, en mi parecer, es suficiente para rechazar la pretensión tributaria aquí discutida.

-IX-

No se me escapa que podría argumentarse que, dado que la ley 24. 065 permite que en el mercado a término el precio sea libremente pactado entre la generadora y su cliente, entonces el impuesto sobre los ingresos brutos podría ser implícitamente incluido por la generadora en su factura dentro de ese precio, pero sin integrar el rubro de los costos.

Sin embargo, observo que esta solución no mejora la suerte de la pretensión fiscal de la demandada a poco que se repare que se estaría frente a una situación análoga a la reiteradamente resuelta por V.E. a partir de Fallos: 308:2153.

En efecto, queda en claro que, ante la imposibilidad legal y técnica de incluir el impuesto en el rubro costos, la actora debería soportarlo íntegramente sobre su utilidad, incurriéndose en consecuencia en un supuesto de analogía prohibido por la ley 23. 548 (Fallos: 308:2153; 311:1365; 316:2182; 316:2206; 321:2501; 328:4198; 330:2049 y causas T. 166. XXXIV *"Transportes Automotores La Estrella S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa"*, sentencia del 1° de diciembre de 2009; S. 463. XXXIV *"Sociedad Anónima Expreso Sudoeste c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa"*; T. 167. XXXIV *"Transportes Automotores La Estrella S.A. c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa"* y C. 1380, L. XL, *"Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa"* sentencia del 17 de septiembre de 2013, en especial cons. 13°).

Ahora bien, la aplicación de esta doctrina está supeditada a que la actora demuestre, en el caso, su carácter de contribuyente en el impuesto a las ganancias durante los períodos fiscales aquí discutidos (arg. dictamen de este Ministerio Público en Fallos: 321:2501, pto. VI, entre muchos otros), extremo que remite ineludiblemente al examen y valoración de las pruebas rendidas en autos, tema que resulta ajeno a mi estudio, que debe circunscribirse a las cuestiones de índole federal antes analizadas.

-X-

Atento la forma como aquí se dictamina, entiendo que deviene inoficioso estudiar los planteos de la actora fundados en la falta de sustento territorial que exhibe la pretensión fiscal de la demandada.

-XI-

En consecuencia, y con la salvedad expuesta en el último párrafo del acápite IX, considero que corresponde hacer lugar a la demanda. Buenos Aires, 15de octubre de 2015. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Central Puerto S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", de los que

Resulta:

I) Que a fs. 479/500 Central Puerto S.A. promueve acción declarativa de certeza contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de que se declare inconstitucional e ilegítima la pretensión tributaria de ese Estado local de gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos su actividad de generación y comercialización de energía eléctrica en el Mercado Eléctrico Mayorista ("MEM"), desarrollada, según sostiene, fuera del territorio provincial, por considerarla violatoria de los arts. 9°, 10, 11, 75, incisos 13 y 18, y 126 de la Constitución Nacional, así como de las leyes 15.336 y 24.065, que conforman el Régimen Federal de la Energía Eléctrica, el decreto reglamentario 1398/92, y la resolución de la entonces Secretaría de Energía Eléctrica 61/92.

Relata que si bien no realiza actividad en el territorio de la provincia, el órgano fiscal -ARBA- emitió las resoluciones 2027/2012 y 4804/2012, por las que determinó de oficio su obligación tributaria en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, accesorios y multas, por los períodos enero de 2005 a octubre de 2009. Indica que la provincia entendió que Central Puerto S.A. había incurrido en gastos de transporte y al haber entregado la energía que comercializa, su accionar resultaba una actividad gravada en jurisdicción local.

En abono de su postura sostiene los siguientes argumentos: que los referidos gastos de transporte son en realidad "cargos variables por energía transportada", por lo que no tienen vinculación alguna con la Provincia de Buenos Aires; que no hay un punto de entrega física de energía en el territorio provincial puesto que el "Nodo Ezeiza" es una referencia fijada para la determinación del precio y la distribución de los cargos de transporte; y que la energía que genera es inyectada en nodos de conexión ubicados en sus plantas generadoras situadas en la Provincia del Neuquén (hasta 2007) y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (desde mayo de dicho año).

Señala que la demandada ha desnaturalizado el Régimen Federal de la Energía Eléctrica para justificar su pretensión fiscal de gravar la actividad que la empresa desarrolló fuera de su jurisdicción, excediendo, por lo tanto los límites de su potestad tributaria, e interfirió así con una atribución exclusiva del Estado Nacional, en violación de lo establecido en los arts. 9°, 10, 11, 75, incisos 13 y 18, y 126 de la Constitución Nacional y en las leyes 15.336 y 24.065.

Observa que el gravamen que se le reclama restringe o dificulta la libre producción y circulación de la energía, dado que la autoridad federal decidió de modo expreso no incluir dicho tributo dentro de los conceptos que forman parte de su precio; interfiere con las facultades tributarias de otras jurisdicciones locales que, al adherir al Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, reconocieron la potestad exclusiva de la Nación (conf. art. 1, apartado 2 de dicho Pacto); y colisiona con la política económica nacional en materia de energía eléctrica definida en las normas federales, el régimen de solidaridad fiscal y la cláusula del progreso (art. 75, inciso 18 de la Ley Fundamental).

Requiere el dictado de una medida cautelar que ordene a la provincia que, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en estas actuaciones, se abstenga de iniciar acciones ejecutivas de cobro por el impuesto sobre los ingresos brutos, sus intereses y multas, como así también de solicitar y trabar medidas cautelares contra Central Puerto S.A. y sus ex o actuales directores, síndicos y gerentes que hayan sido determinados como responsables solidarios de la deuda reclamada, y que suspenda toda actuación administrativa en trámite ante ARBA y el Tribunal de Apelación provincial.

Finalmente, solicita la citación del Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (Secretaría de Energía) como tercero interesado, en los términos del art. 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por entender que la controversia le es común en tanto la provincia, al interpretar el Régimen Federal de la Energía Eléctrica, se arrogó facultades propias de la Secretaría de Energía, y porque su pretensión fiscal interfiere con la potestad exclusiva nacional definida por los arts. 3°, segundo párrafo; 6°, incisos b y e, y 11 de la ley 15.336.

II) A fs. 514/517, de conformidad con el dictamen de la Procuración General de la Nación, la Corte declaró que la presente causa corres-

ponde a su competencia originaria, corrió traslado de la demanda a la Provincia de Buenos Aires e hizo lugar a la medida cautelar. En el mismo acto citó al Estado Nacional.

III) A fs. 614/624, se presenta el Estado Nacional y contesta su citación.

En lo sustancial expresa que las materias relacionadas con la energía eléctrica son de competencia federal y que la pretensión tributaria provincial traduce un avasallamiento a esas potestades.

Indica que según lo establecido en el "Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento", la Provincia de Buenos Aires no puede gravar con impuestos locales la actividad de generación de energía eléctrica (fs. 623, último párrafo).

Sostiene en ese sentido que frente a la colisión de normas federales y locales, deben prevalecer las primeras en virtud del principio de supremacía federal (art. 31 de la Constitución Nacional).

IV) A fs. 654/675, contesta la demanda la Provincia de Buenos Aires.

Expone que Central Puerto S.A. liquida el impuesto sobre los ingresos brutos con base en las ventas de energía que realiza en las jurisdicciones en las que se encuentran los nodos por los que se conecta al Sistema Argentino de Interconexión (SADI).

Manifiesta que la empresa no se inscribió en la Provincia de Buenos Aires para el pago del tributo en cuestión, y que debió haberlo hecho dado que desarrolla dicha actividad en su territorio.

Observa que la conducta de la actora resulta contradictoria pues aquí cuestiona el gravamen que se le pretende imponer, al sostener que no lo puede trasladar a los costos, pero se somete voluntariamente a su pago en otras provincias.

Argumenta que no es aplicable al caso de autos el criterio de la Corte en la causa "Centrales Térmicas Patagónicas S.A." (Fallos: 336:1415), por tratarse de situaciones de hecho distintas a las aquí planteadas. Justifica su tesitura en que en aquel caso se examinaron operaciones comerciales de energía realizadas en el mercado "spot" a

través de la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A., mientras que aquí se trata de negocios jurídicos concretados libremente en el "mercado a término".

Defiende la legitimidad del impuesto cuyo cobro persigue, al considerar que el presupuesto de hecho se ha configurado en el territorio provincial, dado que la actora soportó gastos y devengó ingresos por los negocios jurídicos que celebró con los grandes usuarios allí ubicados, para comercializar su energía.

Pone de resalto, en ese contexto, que lo que es determinante es la jurisdicción en la cual se efectúan esos gastos, que guardan relación causal con la actividad principal del contribuyente, ya que no se pretende gravar el hecho físico de la generación de energía ni su inyección en el sistema integrado, sino una actividad económica única que abarca también su posterior comercialización.

Finalmente, señala que la pretensión fiscal que esgrime no resulta contraria al Pacto Federal y que, en atención a las prórrogas que este ha experimentado, no tiene la obligación de derogar el impuesto sobre los ingresos brutos en virtud de que no constituye un tributo específico que grave la transferencia de energía.

V) A fs. 1006/1011 y 1013/1026, las partes presentan sus respectivos alegatos; a fs. 1027/1030, alega el Estado Nacional.

VI) A fs. 1032/1040, obra el dictamen de la señora Procuradora Fiscal acerca de las cuestiones constitucionales propuestas.

Considerando:

1°) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2°) Que la cuestión en debate requiere determinar si la empresa Central Puerto S.A. es sujeto obligado al pago del impuesto sobre los ingresos brutos tal como pretende la Provincia de Buenos Aires, al gravar las actividades denunciadas que realiza la actora para su comercialización en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) con relación a la energía generada, desde enero de 2005 hasta octubre de 2009.

3°) Que si bien la determinación de las órbitas de competencia entre los poderes del gobierno federal y los del Estado provincial se cuenta entre una de las más trascendentes funciones jurisdiccionales que ejerce esta Corte por vía de su instancia originaria (Fallos: 307:1379), su ejercicio mediante la acción declarativa de inconstitucionalidad requiere de la existencia de un caso o controversia, en los términos del art. 2° de la ley 27, extremo que se verifica en la especie.

En el *sub lite* la acción regulada por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación constituye un medio apto para evitar el perjuicio denunciado por la actora frente al gravamen que se le exige, toda vez que ello requiere de la definición de una relación jurídica discutida o incierta.

En efecto, la Provincia de Buenos Aires estableció a través de su conducta administrativa las condiciones a las cuales Central Puerto S.A. debe someterse. Así, mediante las Disposiciones -determinativa y sumarial- de la Gerencia de Operaciones del Área Metropolitana (ARBA) 2027/12 y 4226/13, obrantes en copia a fs. 68/131 y 530/600, respectivamente, se determinó de oficio el impuesto sobre los ingresos brutos por los períodos antes referidos, con más sus intereses y multas, y se intimó a la empresa a integrar su pago 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. Ese requerimiento dirigido a la "percepción" del impuesto que se estima adeudado (arg. Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421 y 330:2049, entre otros), traduce un interés serio y suficiente para obtener la declaración de certeza pretendida (causa CSJ 179/2003 (39-A)/CS1 "Arbumasa S.A. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 19 de junio de 2012, y sus citas).

En consecuencia, no se trata de una mera indagación o consulta, sino que las conductas apuntadas responden a la presencia de un caso o causa que determina la intervención del Tribunal.

4°) Que no obsta a tal conclusión la circunstancia de que la actora haya abonado el impuesto sobre los ingresos brutos en otras provincias -tal como lo explica la señora Procuradora Fiscal en el acápite V de su dictamen-, ya que los pagos cancelados a otras jurisdicciones no tienen virtualidad para afirmar que la accionante se ha sometido

voluntariamente al impuesto aquí discutido, por cuanto la fuente de la exigibilidad de las obligaciones tributarias es un acto legislativo y unilateral del Estado provincial, y al ser su cumplimiento coactivo, la voluntad de los particulares carece de eficacia a su respecto (arg. Fallos: 318:676, considerando 8° y sus citas).

5°) Que según los rasgos distintivos con los que la Constitución Nacional ha revestido la configuración político institucional de naturaleza federal, es reconocida "facultad de las provincias argentinas la de darse leyes y ordenanzas de impuestos y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 108 -hoy art. 126- de la Constitución; siendo la creación de impuestos, elección de objetos imponibles y formalidades de percepción, del resorte propio de las provincias, porque entre los derechos que hacen a la autonomía de ellas es primordial el de imponer contribuciones y percibirlas sin intervención de autoridad extraña (Fallos: 7:373; 105:273; 114:282; 137:212; 150:419)" (Fallos: 235:571 y 331:1412, considerando 3°).

6°) Que en primer lugar es relevante esclarecer si el hecho imponible del impuesto sobre los ingresos brutos se configura en la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires o tiene un punto de conexión de entidad suficiente, hábil para admitir la pretensión fiscal provincial que se alega.

Es sabido que si el hecho imponible es un hecho productor de efectos jurídicos por voluntad de la ley; el núcleo central es el presupuesto de hecho al cual la ley vincula el nacimiento de la relación tributaria en sus aspectos sustanciales, de acuerdo a los distintos momentos y criterios de vinculación. Por cierto, el gravamen no se aplica en abstracto sino sobre actos y operaciones realizados en ejercicio de cualquier actividad de las que la ley enuncia como hecho generador del impuesto, es decir, las acciones o actos materiales que traducen tal ejercicio.

7°) Que la solución del caso requiere un examen minucioso tanto del modo en que opera en el país el sistema eléctrico interconectado -de singular complejidad técnica- y su regulación, como de las actuaciones cumplidas en los autos principales y en los expedientes administrativos acompañados, nros. 2360-0197401/2009 y 2360-0197405/2009, ambos del registro de ARBA.

8°) Que la legislación nacional sobre energía eléctrica ha contemplado a lo largo de su desarrollo diversos sistemas de tratamiento impositivo sin perder de vista la índole del servicio que regula.

Así lo hizo por medio de las leyes 14.772, 15.336, y la ley 24.065, que se integra a la anterior de manera complementaria (sus arts. 85 y 92; Fallos: 323:3949).

La ley 14.772 declaró de jurisdicción nacional los servicios públicos de electricidad interconectados que se prestaban en la Capital Federal y diversos partidos de la Provincia de Buenos Aires (art. 1°), y se aclaró que ellos se desarrollarían respetando los poderes locales en todo aquello que fuera compatible con la jurisdicción técnica y económica que corresponde al Estado Nacional (art. 5°).

Por su parte, la ley 15.336, en su art. 6° -que no ha sido derogado por la ley 24.065-, declaró de jurisdicción nacional la generación de energía eléctrica cualquiera sea su fuente, su transformación y transmisión, cuando los servicios se vinculen con: la defensa nacional (inc. a), el comercio de esa energía entre la Capital Federal y una o más provincias o entre una provincia con otra (inc. b), los lugares sometidos a legislación exclusiva del Congreso Nacional (inc. c), los aprovechamientos hidroeléctricos interconectados (inc. d), la red nacional de interconexión (inc. e), el comercio de energía eléctrica con una nación extranjera (inc. f) y, la generación de energía eléctrica mediante energía nuclear o atómica (inc. g; subrayado agregado).

El art. 12 de la misma ley 15.336, en vigor, consagra expresamente una exención impositiva en los términos siguientes, "Las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión de la energía eléctrica de jurisdicción nacional y la energía generada o transportada en las mismas no pueden ser gravadas con impuestos y contribuciones, o sujetas a medidas de legislación local que restrinjan o dificulten su libre producción y circulación. No se comprende en esta exención las tasas retributivas por servicios y mejoras de orden local" (nuevamente subrayado agregado).

Al respecto, el Tribunal interpretó que esa norma atiende la naturaleza objetiva de las materias de la industria eléctrica comprensivas de todo lo vinculado a la generación, transformación, transmisión y distribución de la electricidad, con prescindencia de los sujetos auto-

rizados a su explotación. Así también, se afirmó que el referido art. 12 no consagró una inmunidad impositiva absoluta, por lo que ha de respetarse el poder de policía e imposición local, en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines perseguidos por la ley nacional (Fallos: 322:2598 -y con cita de Fallos: 320:162-, considerando 9°, y 336:1415).

9°) Que en nuestro país, las fases del mercado eléctrico en lo sustancial se estructuran en tres tipos de actividades: generación, transmisión y distribución con la participación de comercializadores.

El Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) ha sido definido como el punto de encuentro entre la oferta y la demanda de energía eléctrica en tiempo real. Se organiza mediante el funcionamiento de dos mercados -Mercado a Término y Mercado Spot- y un sistema de estabilización de precios para los Distribuidores. En cuanto al primero, dentro del Mercado Eléctrico Mayorista pueden efectuarse libremente contratos de suministro entre un Generador y un Distribuidor o entre un Generador y un GUMA o GUME/GUPA, siendo el límite previsto para perfeccionar un contrato con un generador su capacidad de producción. El Mercado Spot se refiere al mercado de precios horarios en los que se comercializa la energía no sujeta a contratos de abastecimiento. En este mercado, el precio de la energía eléctrica se define en función del costo marginal, el precio establecido para cada hora se denomina precio de mercado.

El sistema contiene mecanismos de compensación entre los resultados del Mercado Estacional Estabilizado, en el cual paga el Distribuidor y los del Mercado Spot que cobra el Generador. El sistema de fijación dentro del Mercado de Precios Estacionales se encuentra directamente relacionado con los promedios trimestrales proyectados del Mercado Spot.

Los Distribuidores adquieren la energía al mercado a un precio estabilizado. Por su parte, los Generadores pueden enajenar energía al mercado mediante un precio spot horario. La generación requerida para satisfacer la demanda se establece en función del costo económico de operación del sistema eléctrico. Los precios spot horarios se establecen marginalmente con el costo necesario para satisfacer la próxima unidad de demanda (cfr. informe pericial, fs. 180/188 e informe de Cammesa, fs. 767 y ss).

10) Que la actual configuración del mercado eléctrico mayorista incluye, entre sus agentes, a los grandes usuarios, a los que define como a quien contrata en forma independiente y para sus consumos propios, mediante un contrato de compraventa de energía eléctrica en block, a un generador y/o distribuidor. Vale recordar que la mercadería objeto de dicho negocio tiene como característica especial su imposibilidad de almacenamiento, razón por la cual la ejecución del contrato debe ser instantánea y no hay otra forma de conducirla a los consumidores más que a través de redes.

La ley 24.065 prevé que la reglamentación determine los módulos de potencia y energía, como así también los parámetros técnicos que caracterizan a un gran usuario. La Secretaría de Energía, como autoridad de aplicación del régimen legal, ha determinado dichos parámetros y características técnicas, distinguiendo entre GRANDES USUARIOS MAYORES (GUMA) y GRANDES USUARIOS MENORES (GUME), según estos usuarios se abastezcan mediante contrato en un porcentaje de la energía que requieren, o en su totalidad. En otros términos, el GUMA debe contratar con un generador al menos el 50% de la energía que requiere, pudiendo adquirir el 50% restante en el mercado spot, mientras que el GUME debe contratar el 100% de la energía y potencia a un generador. Estos últimos, los grandes usuarios menores, si bien son agentes del mercado, no se relacionan de un modo directo con el Organismo Encargado del Despacho y su vinculación en cuanto a la operación del MEM es con el distribuidor.

11) Que la actividad de transporte de energía eléctrica se diseñó por medio del decreto 634/91 y quedó plasmado en la ley 24.065 del Marco Regulatorio Eléctrico, al disponer que la actividad de transporte sería realizada por empresas que recibirían por tal función una tarifa regulada que debía cubrir sus costos e incluir una razonable ganancia que incentivara su eficiencia, bajo el control de un ente regulador.

En el esquema de la ley, el transporte se lleva a cabo de un modo independiente por personas jurídicas de derecho privado, bajo la figura de una concesión de servicio público. Así, dicha norma define al transportista como el titular de una concesión de transporte, responsable de la transmisión y transformación de la energía eléctrica, desde el punto de entrega por el generador hasta el punto de recepción por el distribuidor o el gran usuario.

La actividad del transporte ha sido concesionada en base a las siguientes pautas: a) El sistema de transporte es de libre acceso para generadores, distribuidores y grandes usuarios, en la medida que exista capacidad en el sistema. b) Cuando tal capacidad no existe o se satura, se han previsto mecanismos para ampliar dicha capacidad, los que se encuentran contenidos en el Reglamento de Acceso a la Capacidad Existente y Ampliaciones del Sistema de Transporte de Energía Eléctrica que forma parte del Anexo 16 de Los Procedimientos. c) El concesionario del transporte no puede comprar ni vender energía. d) Como en el caso de la distribución, también el transporte de energía eléctrica es un servicio público concesionado, con tarifas reguladas y condiciones de calidad preestablecidas.

A su vez, se ha distinguido el transporte de alta tensión del transporte por distribución troncal. El transporte en alta tensión, a cargo a nivel nacional de TRANSENER S.A., presta el servicio entre regiones eléctricas y con instalaciones de transmisión de tensiones iguales o superiores a 220 kilovoltios, mientras que el sistema de transporte por distribución troncal se presta con instalaciones iguales o superiores a 132 kilovoltios y menores a 400 kilovoltios y dentro de una misma región eléctrica, la que es definida en cada contrato de concesión como la región geográfica que abarca el área de concesión.

El transporte es remunerado mediante cargos fijos de conexión y de capacidad, y variables en función de las pérdidas y de la probabilidad de error en las líneas, siendo fijo el monto total remuneratorio; tiene directa relación con la disponibilidad del equipamiento de transporte: líneas, equipamientos de conexión y transformación y el valor de la energía efectivamente transportada por su sistema. La calidad del servicio de transporte se mide en base a la disponibilidad de instalaciones y equipamiento de transporte, conexión y transformación y su capacidad asociada (cfr. Ente Nacional Regulador de la Electricidad. "La reestructuración del sector eléctrico argentino a través del actual marco regulatorio: aspectos novedosos", por los doctores María Graciela Andina Silva de Alfano y Rolando Schneider. Jornadas jurídicas sobre servicio público de electricidad, Buenos Aires, 8 y 9 de junio de 1995, publicación en el sitio web: http://www.enre.gov.ar/web/web.nsf/442a03ac398fbabf0325694a0067e6b3/c38a7ab1f84ad25803256da30060098f/$FILE/JornadasJuridicas .pdf).

12) Que cabe poner de resalto, además de lo hasta aquí expuesto, que el funcionamiento del MEM se encuentra regulado en gran medida por la resolución de la entonces Secretaría de Energía Eléctrica (SEE) 61/92 y sus modificatorias y ampliatorias, entre las principales, las resoluciones SE 137/92 y 159/94 (cuyo conjunto se designa como "Los Procedimientos"), que prevé un expreso y obligatorio compromiso de los agentes del mercado de operar de acuerdo a la metodología establecida por las normas que regulan su funcionamiento.

Dichas normas, sobre la base de las características técnicas de la actividad, regulan las obras y la electricidad generada, transportada y distribuida más allá de las jurisdicciones políticas (causa CSJ 147/2008 (44-I)/CS1 "Intesar S.A. c/ Chubut, Provincia del y otro s/ acción declarativa de certeza", sentencia del 18 de diciembre de 2012, considerando 6°, *in fine*).

13) Que una vez explicitado el esquema regulatorio en el que se desenvuelve el conflicto, cabe recordar que en lo sustancial Central Puerto S.A. alega que no desarrolla una actividad regular en la Provincia de Buenos Aires con relación al impuesto que se le reclama, y que resulta improcedente gravar gastos de transporte por el mero hecho de haber entregado la energía comercializada en el Mercado a Término y en el Mercado Spot, extremos que según la tesis de la provincia suponen ingresos a la empresa en su jurisdicción, que justifican el tratamiento impositivo dado.

A su vez, la actora sostiene que no hay un punto de entrega física de energía en el territorio provincial dado que el "Nodo Ezeiza" es una referencia para la determinación del precio y la distribución de los cargos de transporte; y que la energía que genera es inyectada en nodos de conexión ubicados en sus plantas situadas en la Provincia del Neuquén (hasta 2007) y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (desde mayo de dicho año).

Su posición en derecho se afirma en el régimen legal que regula la energía eléctrica, integrado por el plexo de normas federales referidas en los considerandos anteriores, que se enmarcan en la cláusula del progreso (art. 75, inciso 18 de la Constitución Nacional), y en la afectación a su actividad que traduce el gravamen que se le pretende imponer, en tanto restringe o dificulta la libre producción y circulación de la energía; a ello añade que la autoridad federal decidió de modo

expreso no incluir dicho tributo dentro de los conceptos que forman parte del precio.

14) Que, por su parte, la representación provincial alega que su planteo no apunta a la actividad de transporte propiamente dicha, como sostiene la actora sino a precisar los "gastos de transporte" soportados por la empresa en el Estado local, de los que –a su entenderse infiere el sustento territorial de la pretensión fiscal que esgrime.

Al respecto, en el responde argumenta que "…la Provincia de Buenos Aires al determinar el impuesto, tuvo en cuenta la comprobada existencia de actividad desarrollada en esta jurisdicción en virtud de los contratos suscriptos por CPSA con grandes usuarios para la generación de energía. Esto es, se basó en los negocios jurídicos concretados libremente en el Mercado a Término" (fs. 658 vta.).

Son las obligaciones asumidas en los contratos que se acompañan agregados en el expediente administrativo 2360-0197405/2009, a fs. 637 y ss, las que -a criterio del Fisco provincial- suponen la asunción por las partes del costo de los cargos fijos y variables del transporte, motivo por el cual observa que el contribuyente no puede negar tal erogación, porque incurre efectivamente en gastos de transporte que se originan para ejercer su actividad. Para ilustrar el punto, la demandada recurre a las cláusulas contractuales que considera indicativas de la asunción por parte de la empresa de dichos costos (vgr. cláusula 6ª del contrato suscripto por CPSA y Profertil S.A., a fs. 695 expte. 2360-0197405-2009, y Disposición determinativa ARBA 2027/12, fs. 72 vta.).

15) Que si bien la Provincia de Buenos Aires pretende circunscribir el conflicto a los contratos en el Mercado a Término (fs. 658/659 y 1014/1030 del alegato), lo cierto es –tal como se examinó en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal a fs. 1032/1040- que las determinaciones de oficio de ARBA incluyen en la base imponible del tributo los ingresos provenientes de la venta de energía generada (bajo el código NAIIB 401110) tanto en el mercado a término como en el mercado spot, de energía no generada (bajo el código NAIIB 401110-3), y venta de potencia (bajo el código NAIIB 749900) en el mercado spot (cfr. disposición 2027/12 a fs. 71 vta., quinto párrafo, y disposición 4804/12 a fs. 535, cuarto párrafo, del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, fs. 1036).

Por ende, si dichas disposiciones, objeto de impugnación en el *sub lite,* contemplan en la composición de la base imponible a ambos mercados, corresponde su tratamiento.

A ese respecto, cabe señalar que por medio del decreto 186/95, al sustituir el art. 10 de la reglamentación aprobada por decreto 1398/92, se delegó en la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación la facultad de precisar los módulos de potencia y energía y demás parámetros técnicos que caracterizan al "gran usuario". También se indicó que todo contrato del Mercado a Término (MEM) se ejecuta a través del Sistema Argentino de Interconexión (SADI), y que se les permite operar en el Mercado Spot del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) para transar los saldos cuando existieren, extremo que tiene implicancia en punto a la forma en que ARBA determinó el impuesto.

16) Que con relación a la inclusión en la base imponible de los ingresos provenientes de las ventas en el mercado spot, cabe señalar que las cuestiones propuestas resultan sustancialmente análogas a las ya examinadas y resueltas por esta Corte en la causa "Centrales Térmicas Patagónicas S.A." (Fallos: 336:1415), a cuyos términos y conclusión cabe remitir en lo pertinente en razón de brevedad.

17) Que, ahora bien, con respecto a la inclusión en la base imponible de los ingresos provenientes de las ventas en el Mercado a Término, el examen de la cuestión remite al contexto legal en el que se desenvuelve el conflicto.

Según los lineamientos de la ley 24.065, la actividad que realiza la actora, en tanto está vinculada a un interés general, encuadra en las normas legales y reglamentarias que aseguran el normal funcionamiento del sistema. El recordado art. 6° de la ley referida habilita a los generadores a celebrar contratos de suministro directamente con distribuidores y grandes usuarios, y que estos contratos serán libremente negociados entre las partes en el denominado "Mercado a Término" (art. 35, inc. a).

En su mérito, en el art. 9° de la resolución SEE 61/92, y sus modificaciones, se establece que el MEM se compone de: "a) Un Mercado a Término, con contratos por cantidades, precios y condiciones pactadas libremente entre vendedores y compradores, b) Un Mercado Spot,

con precios sancionados en forma horaria en función del costo económico de producción, representado por el Costo Marginal de Corto Plazo medido en el Centro de Carga del Sistema…".

Por medio del art. 13 de esa resolución se determina que el Organismo Encargado del Despacho (OED), así como los distintos actores del MEM -entre los que se encuentra la actora- "sujetarán su accionar" al Reglamento de Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas, y el Cálculo de Precios que, como anexo I, forma parte integrante de aquella (en adelante, "Los Procedimientos", referidos en el considerando 11 precedente).

En el capítulo 5 de ese anexo, facturación, cobranza y liquidación, se establece que: "El proceso de facturación correspondiente a la operación del MEM se realizará mensualmente dentro de los primeros cinco días corridos del mes siguiente. A estos efectos, el OED actuará como mandatario, interviniendo en los procesos de emisión de facturas, liquidaciones y cobranzas por cuenta y orden de los agentes del MEM, según los procedimientos y modalidades explicitadas en el presente capítulo".

18) Que según el dictamen de la señora Procuradora Fiscal a fs. 1032/1040, en atención "…al carácter de mercado único bajo el cual se desarrolla la comercialización en el MEM, a los efectos del cálculo de las acreencias o las deudas que cada agente mantiene con el resto de los agentes participantes en las transacciones cada mes, se aplicará el criterio de proporcionalidad. Este sistema de facturación implica que cada comprador en el MEM es deudor para con cada uno de los agentes que resultaron vendedores, en forma proporcional a su participación en el importe total de la venta. Un sistema de cobranzas centralizado asegurará que los pagos se efectúen e imputen guardando idéntico criterio de proporcionalidad, conforme los deudores vayan cancelando sus deudas. El OED será responsable de producir toda la información necesaria a estos efectos y emitirá por cuenta y orden de los agentes del MEM la documentación comercial, conforme los procedimientos explicitados en el presente capítulo. Asimismo administrará el sistema de cobranzas centralizado y el sistema de cancelación de deudas asociado".

En lo que es objeto de debate en estos autos, el punto 8 de ese capítulo 5 especifica que: "El OED incorporará a la facturación y/o li-

quidaciones y procederá a transferir a las cuentas que corresponda los impuestos que en cada caso correspondieren, según las instrucciones que le imparta la Secretaría de Energía Eléctrica" (fs. 1037/1038).

19) Que a tal fin, la Secretaría de Energía (SE) dictó la resolución 8/02 y, posteriormente, la resolución (SE) 1/03. Por medio del art. 2° de la resolución (SE) 1/03 se dispuso que la programación de la operación, el despacho de cargas y el cálculo de precios para el período estacional invierno 2003 debía ser efectuado conforme al procedimiento contenido en su anexo I. El punto 1.1. de ese anexo precisa que las declaraciones de costos variables de producción que realicen los generadores térmicos para cada una de sus unidades de generación, en pesos por megavatio hora ($/MWh), deben acompañarse con un informe técnico que justifique esos valores. Dicho informe debe incluir un detalle de la estructura de costos abierta en los siguientes conceptos: a) Costo variable del combustible entregado en la central. b) Costos variables de mantenimiento. c) Otros costos variables no combustibles. Y allí claramente se ordena: "En ninguno de los conceptos precedentes se aceptará la inclusión de tasas, contribuciones y/o impuestos dentro de los costos declarados" (cfr. tercer párrafo del punto 1.1. del anexo I de la resolución SE 1/03 y el dictamen de la señora Procuradora Fiscal a fs. 1038 y ss).

Más tarde, por medio de su similar (SE) 703/03, se instruyó al OED a prorrogar la aplicación del art. 2° de la resolución (SE) 1/03 hasta tanto la Secretaría de Energía no dispusiera lo contrario.

20) Que frente a todo ello, -y tal como lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen- resulta claro que si bien en el Mercado a Término los precios son libremente pactados entre compradores y vendedores (cfr. art. 9°, resolución SEE 61/92), es el propio reglamento el que ordena que los generadores sujeten su accionar –en orden al cálculo y la concertación de esos precios- a "Los Procedimientos" fijados en su anexo I (cfr. art. 13). Y es en estos donde se puntualiza que el OED incorporará a la facturación y/o liquidaciones únicamente los impuestos autorizados por la Secretaría de Energía Eléctrica quien, primero mediante la resolución (SE) 8/02, y luego por medio de la (SE) 1/03, dispuso con carácter general que no los aceptará dentro de los costos declarados (fs. 1038 vta.).

En esas condiciones, la autoridad nacional con base en el recordado art. 12 de la ley 15.336 y en ejercicio de la competencia atribuida

por los arts. 35 y cc. de la ley 24.065, prescribió que en la forma de determinar el costo variable de producción de los agentes generadores, no debían incorporarse los tributos locales, puesto que se configuraba una hipótesis de restricción o de dificultad en la libre producción y circulación de la energía eléctrica (cfr. tercer párrafo del punto 1.1. del anexo I de la resolución SE 1/03).

21) Que en ese mismo sentido, en el informe de fs. 767/837, la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CAMMESA) expresó que a los fines de calcular el costo impositivo de la energía y potencia que comercializan los generadores, sus declaraciones "deben acompañarse con un Informe técnico que justifique los valores declarados, e incluyendo un detalle de la estructura de costos abierta en costo variable del combustible, costos variables de mantenimiento, y otros costos variables no combustibles, en los cuales no se acepta la inclusión de tasas, contribuciones y/o impuestos" (fs. 782, pto. 4°).

Para sostener el criterio enunciado, transcribe los considerandos de la resolución 246/02, en donde se consigna que, conforme el marco regulatorio que rige el sector eléctrico argentino, el Estado Nacional "tiene reservada la función de diseñar las políticas superiores, y el establecimiento y aplicación de normas que propendan a una actividad económica eficiente, promoviendo la participación activa del sector privado en la producción, el transporte y la distribución de la energía eléctrica".

Y que, "…en tanto compete a esta Secretaría el desarrollar y poner en práctica una política en energía eléctrica razonable en el actual contexto económico-financiero, se considera oportuno y conveniente adecuar la normativa que rige en el Mercado Eléctrico Mayorista en los aspectos vinculados con la desagregación de los productos básicos que en éste se comercializan, esto es la energía y la potencia disponible de las unidades generadoras".

En ese orden, al actualizar las reglas del Mercado a Término, se observa que "…los Generadores están declarando sus Costos Variables de Producción conforme la Resolución SECRETARÍA DE ENERGÍA N° 8 del 5 de abril de 2002 que impide incluir en aquéllos cualquier tasa, contribución y/o impuesto que grave la comercialización de combustibles, ya sean estos líquidos o gaseosos, a la vez que una serie de disposiciones legales incrementó recientemente tal tipo de tributos".

Al evaluar que el impacto de dichos gravámenes puede provocar una diferencia significativa respecto de los precios de referencia emergentes de la metodología de cálculo definida en "Los Procedimientos", se consideró en la resolución que "…ello obliga a adoptar una medida que no desnaturalice el criterio de determinación del precio de la energía eléctrica en el MERCADO ELÉCTRICO MAYORISTA (MEM) en función de los costos económicos y conforme la metodología definida en la Resolución SECRETARÍA DE ENERGÍA N° 8 del 5 de abril de 2002, a la vez que permita la adecuada consideración de los nuevos valores o gravámenes citados, en forma análoga a lo actualmente previsto en el Anexo 33 vigente…".

22) Que en virtud del régimen especial examinado, se colige que los generadores -entre los que se encuentra Central Puerto S.A.- que actúan en el MEM, se hallan legal y técnicamente impedidos de incorporar en sus costos el impuesto provincial sobre los ingresos brutos que le reclama la provincia, y ello conduce a la exclusión de la pretensión fiscal basada en el carácter territorial del impuesto, su ámbito de validez espacial, en la medida de su incidencia en la regulación nacional.

Así, para llegar a esa valoración se ha hecho un examen de mérito por el cual se consideró la medida como un medio idóneo para alcanzar los fines federales perseguidos, extremo que no importa ignorar los poderes de imposición local, sino enmarcarlos en la consecución de dichos fines de interés superior.

Tal decisión constituye el ejercicio, por parte de la autoridad nacional, de claras facultades constitucionales otorgadas a la Nación y ejercidas por el legislador en el art. 12 de la ley 15.336 (art. 75, inciso 18, Constitución Nacional; Fallos: 68:227; 183:181 y 190; y 336:1415).

23) Que la inteligencia de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y a ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos, de tal modo que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador (Fallos: 310:799).

Por ende, no ha de interpretarse que se conculcan las facultades provinciales, sino que en la especie prevalece el régimen de energía eléctrica, cuyas regulaciones dictadas por la autoridad federal se ins-

criben entre aquellas en el ámbito energético como demostrativas de la determinación de los medios apropiados para lograr los fines de interés nacional en esa materia (Fallos: 304:1186; 322:2624; 327:2369; 336:1415, entre otros).

24) Que, no empece a todo lo expuesto la mención inserta en los contratos respecto de la obligación de incluir en el precio los impuestos locales, tal como se estipula "en caso de corresponder", a modo de ejemplo, en la cláusula octava del contrato celebrado entre Central Puerto S.A. (el "Generador") y Monsanto Argentina S.A.I.C. (el "GUDI") (expte. n° 2360-0197405-2009, cuerpo 4, fs. 638); toda vez que desde antiguo esta Corte ha sostenido que los tributos no son obligaciones que emergen de los contratos: su imposición y la fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública (Fallos: 152:268; 218:596; 229:45; 288:279 y 332:2872, entre otros). La misma cláusula octava se reitera en otros contratos celebrados entre la empresa actora y grandes usuarios, tal es el caso del acuerdo entre Central Puerto S.A. y Profertil (fs. 697 del mismo expediente administrativo y cfr. cláusula 6ª de dicho contrato del que surge que el generador debe asumir los costos fijos y variables de transporte, según lo alegó la provincia en apoyo de su reclamo); como así también, la cláusula 8ª del contrato entre Central Puerto S.A. y la Compañía Argentina de Levaduras S.A., a fs. 1810, solo por mencionar algunos de los acuerdos acompañados.

La sola lectura de la cláusula 8ª en cuestión podría hacer suponer la aceptación por parte de Central Puerto S.A. de que debería tributar el impuesto pretendido, pero no es hábil para alterar lo dispuesto en el marco regulatorio energético con respecto a la estructura de costos. Su fuerza se diluye frente a la conformación del régimen de electricidad y a la actuación concreta de la autoridad de aplicación a través del dictado de las resoluciones concernidas.

25) Que ello es así por dos órdenes de razones.

En primer lugar un acuerdo de voluntades bilateral, en el caso denominado "Oferta" de suministro de energía, no puede transgredir la regulación federal que lo rige, si en su implementación afecta el desenvolvimiento del sistema, máxime cuando los propios contratos remiten para su interpretación a las disposiciones del marco regulatorio federal, las que deben ser valoradas de manera integral.

La mentada cláusula 8ª de los contratos arriba referidos ha de ser interpretada en conexión con las demás disposiciones que gobiernan dichos convenios, entre ellas la Cláusula Tercera: "Normativa Aplicable" 3.1, según la cual, "La Presente OFERTA se realiza teniendo en consideración la ecuación económica que resulta de la aplicación de las normas vigentes a la fecha, las cuales incluyen entre otras (…) las siguientes: Ley No. 15.336; Ley No. 24.065, el Decreto No. 1398/92, Ley No. 25.561, (…) Resolución ex SEE No. 61/92, Resolución SE Nro. 137/92…" (expte. 2360-0197405/2009, cuerpo n° 4, fs. 640). Como confirmación del ámbito en que se encuadra el caso, el propio contrato es el que establece que sería regido e interpretado conforme al marco legal de energía eléctrica.

Por lo demás, si se focaliza en el negocio jurídico que realiza una generadora con un gran usuario, bien que se trata de un acuerdo directo entre cocontratantes, el hecho de que se ejecute en el MEM y a través de las instalaciones que componen el SADI, es del todo relevante. Y si dicho contrato queda comprendido en la jurisdicción nacional, ello implica que su regulación, fiscalización y control corresponde a la actividad del Gobierno Federal.

En segundo lugar, tampoco puede descontarse que esas cláusulas relativas a los gravámenes aplicables, insertas en los acuerdos, encuentren su razón de ser en la necesidad de protegerse frente a pretensiones fiscales que intentan por una vía elíptica percibir impuestos de cuyo pago el sistema los exime.

26) Que en estas condiciones no resultan atendibles los argumentos de la provincia acerca de los alcances de las cláusulas contractuales examinadas, frente a las leyes orgánicas 15.336 y 24.065, sus modificatorias y complementarias, por las que se planifica, se establecen pautas generales y se ordena la política energética en un marco de regulación federal que descansa en normas de jerarquía superior (art. 75, incisos 13, 18 y 30 de la Constitución Nacional; doctrina de Fallos: 320:1302 y 336:1415).

27) Que el Tribunal tiene dicho que "Las facultades provinciales no pueden amparar una conducta que interfiera en la satisfacción de un interés público nacional, ni justifican la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de la Nación toda. El sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal

y provincial; ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamiento de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes" (Fallos: 304:1186; 305:1847 y 330:4564).

28) Que las consideraciones precedentes son suficientes para resolver el caso y tornan innecesario el tratamiento de los restantes argumentos expuestos por las partes.

29) Que por último, sin que signifique un elemento coadyuvante para agotar la controversia sostenida por la empresa frente al impuesto que se le exige, la ulterior presentación de la actora de fs. 1043, en la que acompaña la posición asumida por ARBA de no gravar en los períodos allí detallados la actividad de "generación de energía eléctrica y vapor" –ciertamente diversa a la aquí reclamada- conceptualmente se aviene a la línea interpretativa antes expresada.

30) Que en mérito a lo expuesto corresponde concluir que Central Puerto S.A. no debe tributar el gravamen sobre los ingresos brutos por los conceptos y períodos antes referidos y en consecuencia declarar ilegítima la pretensión fiscal de la Provincia de Buenos Aires.

Por ello, concordemente con el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Hacer lugar a la demanda seguida por Central Puerto S.A. contra la Provincia de Buenos Aires. II. Declarar la invalidez constitucional de las resoluciones ARBA 2027/2012 y 4804/2012, por las que determinó de oficio una deuda en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, por los períodos discutidos. III. Con costas (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). IV. Costas por su orden, por la intervención del Estado Nacional (decreto 1204/01). Notifíquese, remítase copia a la Procuración General de la Nación y archívese.

Carlos Fernando Rosenkrantz (según su voto)– Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

El infrascripto coincide con los resultandos I a VI del voto que encabeza la presente sentencia, a los que cabe remitir en razón de brevedad.

Considerando que:

1°) La presente causa, con las aclaraciones que se hacen seguidamente, corresponde a la competencia originaria del Tribunal.

2°) La firma Central Puerto Sociedad Anónima, al fundar la demanda, introduce dos cuestionamientos distintos e independientes contra la resolución tomada por la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) de exigirle el pago del impuesto sobre los ingresos brutos. El primero de tales cuestionamientos se funda en que la autoridad provincial habría excedido el ámbito de su jurisdicción territorial. El otro, que el impuesto sobre los ingresos brutos que se pretende cobrar interfiere en las políticas del gobierno federal vinculadas con la energía eléctrica, las que se encuentran plasmadas en el conjunto de regulaciones al que denomina Régimen Federal de la Energía Eléctrica.

En lo que respecta al fundamento territorial para ejercer su poder fiscal, la provincia alega que su pretensión es legítima, pues la contribuyente, al pagar la parte que le corresponde en la Provincia de Buenos Aires de los costos del transporte de la electricidad vendida, ha incurrido en gastos que deben considerarse realizados dentro del territorio de la provincia lo que determina que tiene actividad económica gravable por el impuesto en cuestión en dicho territorio.

La controversia sobre el alcance de la actividad económica de Central Puerto S.A., es decir, si debe considerársela realizada íntegramente en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o si se extiende al territorio de la Provincia de Buenos Aires, así como la localización de los gastos realizados por la empresa y su relevancia para decidir la cuestión, es un punto que debe ser resuelto siguiendo, principalmente, los criterios establecidos en el Convenio Multilateral, firmado por las provincias y la Ciudad de Buenos Aires (en particular, los arts. 2° a 4°).

El citado Convenio Multilateral, de acuerdo con la doctrina sentada en el precedente de Fallos: 332:1007, no hace parte del derecho federal, sino del derecho público de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, razón por la cual no habilita la competencia originaria del Tribunal por razón de la materia.

3°) Es distinta la situación en lo concerniente al otro cuestionamiento planteado en la demanda. La parte actora afirma, al respecto, que el impuesto exigido por el fisco de la Provincia de Buenos Aires interfiere en el adecuado funcionamiento del régimen federal regulatorio de la producción, transporte y comercialización de la energía eléctrica. La decisión de este punto exige trazar el límite entre las competencias atribuidas por la Constitución a las autoridades nacionales y aquellas reservadas por las provincias, cuestión que es de inequívoca naturaleza federal. Con este alcance, tratándose de una acción dirigida contra una provincia, la causa corresponde a la competencia originaria del Tribunal.

4°) Tal como correctamente lo puntualiza la señora Procuradora Fiscal, esta Corte ha resuelto en un caso anterior que la incidencia del impuesto sobre los ingresos brutos entorpece el funcionamiento del mercado eléctrico mayorista, en particular las transacciones que corresponden al mercado *spot*, esto es, ventas de energía que se concretan a un precio fijado por el Organismo Encargado del Despacho sobre la base de los costos de producción y transporte de la energía, entre los cuales no se incluye la carga representada por los impuestos provinciales (causa "Centrales Térmicas Patagónicas S.A.", publicada en Fallos: 336:1415, en especial, considerando 7°).

En dicho pronunciamiento, el Tribunal recordó que la autoridad nacional -en función de lo dispuesto por el art. 12 de la ley 15.336 y en ejercicio de la competencia atribuida por los arts. 36 y concordantes de la ley 24.065- organizó el mercado eléctrico mayorista y, para ello, estableció el cuerpo de normas a seguir en la programación y operación del despacho de cargas, así como en el cálculo de los precios de la energía eléctrica (resolución 61/1992 de la entonces Secretaría de Energía Eléctrica). También se hizo referencia en el fallo mencionado a la resolución 8/2002, dictada diez años más tarde que buscó adecuar el funcionamiento del mercado eléctrico mayorista al crítico contexto macroeconómico que siguió al cese del régimen de convertibilidad de la moneda. A partir de lo establecido en estas regulaciones, el Tribunal

observó que el Organismo Encargado del Despacho no tenía la posibilidad de incorporar los tributos locales a los costos computables para determinar el precio de la energía eléctrica, puesto que, de hacerlo, se configuraría un supuesto de restricción o de dificultad a la libre producción y circulación de la energía eléctrica (cfr. Fallos: 336:1415, considerando 10).

En definitiva, concluyó que "la actora se halla legal y técnicamente impedida de incorporarlo [el impuesto sobre los ingresos brutos] en el precio sin alterar la tarifa fijada por la autoridad nacional; por lo que si debiese afrontarlo lo soportaría íntegramente sobre sus rentas, incurriéndose en consecuencia en una doble imposición prohibida por la ley" (conf. Fallos: 336:1415, considerando 13).

No obstante lo anterior, para la provincia demandada, el precedente "Centrales Térmicas Patagónicas S.A." de acuerdo con el cual no se puede gravar con ingresos brutos las ventas de energía no resulta aplicable a los hechos de la presente causa. La demandada sostiene que es necesario distinguir las transacciones en el mercado a término, es decir, compraventas de energía en las cuales el precio ha sido libremente pactado por las partes, de las realizadas en el mercado *spot* en las que el precio de la energía es fijado por el Organismo Encargado de Despacho, las únicas que fueron consideradas por el Tribunal para decidir el caso "Centrales Térmicas Patagónicas S.A.".

5°) El diseño original del mercado mayorista de energía eléctrica (MEM) se configura alrededor de tres distintos tipos de transacciones definidas por tres tipos de precios: el precio *spot* o precio horario, el precio estacional y, finalmente, el precio de los contratos a término (cfr. resolución de la Secretaría de Energía Eléctrica 61/92, Anexo I, *Procedimientos para la programación de la operación, el despacho de cargas y el cálculo de precios*, apartado 1.2).

El precio *spot* se determina teniendo en cuenta la incidencia de las variaciones en los costos reales de producción de electricidad (cfr., entre otros, apartados 1.2.b y 3.5.1.). El precio estacional o precio estabilizado, por su parte, se determina de acuerdo con una estimación de precios ex-ante que hace el Organismo Encargado del Despacho para todo período (o estación). El precio estacional es el precio que dicho Organismo cobrará a las distribuidoras por la electricidad que estas adquieren, pero no necesariamente coincide con el precio que

el Organismo Encargado del Despacho pagará a los generadores. (El precio que se paga a los generadores está determinado por el costo de producción, en realidad, el costo marginal de producción del sistema, que puede ser distinto al precio estacional determinado, como se dijo, de acuerdo con estimaciones ex–ante del Organismo Encargado de Despacho). La diferencia entre el precio estacional que se cobra a las distribuidoras y el precio que se paga a los generadores tiene el propósito de atenuar el impacto de las variaciones en los costos de producción de la electricidad sobre el precio que pagan los consumidores minoristas a las distribuidoras (cfr., entre otros, apartados 1.2.c y 2.7). Es importante destacar que las diferencias en más o en menos entre el precio estacional que, como se dijo, se cobra a las distribuidoras y el precio efectivamente pagado a los generadores son imputadas como créditos o débitos en un sistema de compensación creado al efecto y denominado Fondo de Estabilización (cfr., apartado 5.7).

En las transacciones a término, por último, el precio de la energía se acuerda libremente entre vendedor y comprador (cfr., entre otros, apartados 1.2.c y 4, texto según resolución 246/2002 de la Secretaría de Energía). La libertad que tienen los agentes del mercado eléctrico mayorista para celebrar contratos a término se concede para que vendedores y compradores, de acuerdo con sus propias previsiones, se cubran contra la inestabilidad en aquellos factores que determinan el costo y la disponibilidad de la energía eléctrica (principalmente, el precio de los combustibles que consume la generación termoeléctrica). Las contrataciones de electricidad a término estabilizan el mercado mayorista de energía eléctrica pues la existencia de un mercado a término permite reducir la incertidumbre respecto del precio y disponibilidad de la electricidad durante el plazo contratado. Así lo establece de manera expresa el Capítulo 4, primer párrafo de la resolución 246/2002, ya citado, en cuanto alude a que la función de los contratos a término es la de “fijar y/o estabilizar el precio, o de disponibilidad de potencia” y que “se pueden pactar contratos de abastecimiento que permitan disponer un cubrimiento de precios y el respaldo de potencia, para una demanda”.

Dado el objetivo regulatorio buscado por el mercado a término -la estabilización de precios- los impuestos provinciales que impacten el precio de la energía en dicho mercado no pueden ser sino distorsivos. Ello es así, pues los impuestos provinciales, como cualquier otro costo exógeno, distorsionan los precios relativos entre el precio a término y

el precio de los otros mercados de energía impidiendo que la decisión de adquirir energía en uno u otro mercado sea únicamente consecuencia de las previsiones que hacen los compradores de energía respecto del comportamiento futuro de los factores que determinan el precio *spot*. En otras palabras, los impuestos provinciales hacen imposible estabilizar de modo óptimo el mercado eléctrico pues crean una artificial preferencia por el mercado *spot*, dado que en este mercado el precio de la energía no puede afectarse por impuestos provinciales, como lo decidió esta Corte en "Centrales Térmicas Patagónicas S.A.". La artificial preferencia por el mercado *spot* que crearían impuestos provinciales sobre el mercado a término dificultaría que mediante transacciones en el mercado a término se reduzca la incertidumbre de precios futuros, objetivo buscado por el regulador nacional.

6°) La distorsión que introducen los tributos provinciales en el régimen regulatorio de la generación y comercialización de energía se debe a que los mercados creados por dicho régimen no son el producto de la actividad espontánea de los agentes económicos, sino de una minuciosa ingeniería institucional que hace posible la interacción entre productores, distribuidores y consumidores de energía eléctrica del modo en que el regulador ha considerado se satisfarán con más probabilidad los objetivos por él buscados. La organización o reorganización de los factores que deben determinar la conducta de los agentes del mercado eléctrico que realizan las autoridades nacionales se frustraría si se permitiese la intervención descoordinada y unilateral de las autoridades provinciales. Una injerencia semejante de las provincias —tributaria o de cualquier otro carácter— en la actividad de los agentes del mercado eléctrico muy probablemente modificará los resultados que pretende alcanzar la autoridad regulatoria federal.

7°) Un ejemplo de lo dicho anteriormente se vincula con el interés del gobierno nacional por reactivar el mercado a término ante la severa contracción que había sufrido este mercado como consecuencia de la crisis económica y social que se desató a partir de diciembre de 2001 y de las medidas de congelamiento de precios que se tomaron para atender la emergencia.

El congelamiento de precios de la energía eléctrica dispuesto por las autoridades nacionales en aquella época produjo un crecimiento continuo de la brecha entre el precio estacional y el precio *spot* —precio cobrado por los generadores-. Bajo tales condiciones, los grandes

usuarios abandonaron la práctica de adquirir energía en el Mercado a Término (es decir de acordar precios directamente con los generadores) y comenzaron a hacerlo en el mercado abastecido por las empresas distribuidoras a precios en mayor o menor medida subsidiados. La situación descripta fue lo que determinó la resolución 93/04 que buscaba, entre otros fines, crear incentivos para que los grandes usuarios retomasen la práctica de adquirir la energía a término. En ella se dijo:

"Que la distorsión resultante de la disparidad manifiesta entre el actual Precio Estacional transferido a las Demandas que adquieren la energía a Precio Estacional y el Precio "Spot" Horario sancionado, además de afectar la disponibilidad de recursos en el Fondo de Estabilización, y la cobranza de los Agentes acreedores del MERCADO ELÉCTRICO MAYORISTA (MEM), está afectando seriamente el Mercado a Término, desalentando la existencia de Contratos en dicho Mercado, lo cual se refleja en la importante deserción de Grandes Usuarios del MERCADO ELÉCTRICO MAYORISTA (MEM)".

"Que, particularmente, los usuarios con demandas iguales o superiores a TRESCIENTOS KILOVATIOS (300 Kw) de potencia, hoy clientes de prestadores del servicio público de distribución de energía eléctrica, están en condiciones de gestionar adecuadamente sus compras de energía eléctrica y se encuentran habilitados a contratar su abastecimiento en el Mercado a Término pactando libremente los precios, las condiciones de suministro y demás características del abastecimiento de su demanda". (El subrayado es añadido).

Así, en la misma época en que el fisco de la Provincia de Buenos Aires pretendía gravar con impuesto sobre los ingresos brutos los contratos de compraventa de energía en el Mercado a Término, la política adoptada por el gobierno federal para enfrentar las dificultades del sector eléctrico estaba orientada justamente a incrementar los incentivos de los grandes usuarios para que adquirieran su abastecimiento mediante contratos a término y se retiren de la demanda minorista que abastecían las distribuidoras.

8°) Lo dicho hasta aquí basta para concluir que la regla sentada por esta Corte en el precedente "Centrales Térmicas Patagónicas S.A." (Fallos: 336:1415) debe también aplicarse a las transacciones realizadas en el mercado a término de la energía y, por consiguiente, para declarar que las ventas de los generadores en el mercado eléctrico

mayorista se encuentran exentas del impuesto provincial sobre los ingresos brutos, en los términos del art. 12 de la ley 15.336 en tanto se trata de un impuesto que dificulta y restringe la libre producción y circulación de la energía eléctrica (art. 15 de la ley 15.336).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Hacer lugar a la demanda seguida por Central Puerto S.A. contra la Provincia de Buenos Aires. II. Declarar la invalidez constitucional de las resoluciones ARBA 2027/2012 y 4804/2012, por las que determinó de oficio una deuda en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, por los períodos discutidos. III. Con costas (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). IV. Costas por su orden, por la intervención del Estado Nacional (decreto 1204/01). Notifíquese, remítase copia a la Procuración General de la Nación y archívese.

Carlos Fernando Rosenkrantz.

Nombre del actor: **Central Puerto S.A.**

Nombre de los demandados: **Provincia de Buenos Aires y otro.**

Profesionales: Dres. **Javier Malamud, Jorge Héctor Damarco y Liban Ángel Kusa; María Florencia Quiñoa, Alejandro J. Fernández Llanos, y Laura Cecilia Calcagno.**

Ministerio Público: **Dra. Laura M. Monti.**

CHURRUARÍN, DARÍO NORBERTO c/ ASOCIART S.A. s/ Accidente de trabajo – recurso de inaplicabilidad de ley

RECURSO EXTRAORDINARIO

A los efectos del art. 14 de la ley 48 no es definitiva la sentencia que, al admitir un recurso ante el superior tribunal de la causa, anula el pronunciamiento apelado y dispone que se dicte un nuevo fallo, pues existe la posibilidad concreta de que la sentencia final rechace la pretensión del actor y, por ende, torne abstracto el agravio que se invoca, por lo cual resultaría improcedente -por prematuro- el tratamiento de la apelación federal articulada por la ART sin perjuicio de que, en la hipótesis opuesta, las cuestiones pueden ser traídas a conocimiento de la Corte por vía de un nuevo recurso extraordinario contra la sentencia que cierre definitivamente el caso.

-El juez Rosatti, por su voto, consideró que el recurso extraordinario es inadmisible por no estar interpuesto contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14, ley 48)-

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Churruarín, Darío Norberto c/ Asociart S.A. s/ accidente de trabajo – recurso de inaplicabilidad de ley", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que, en el marco de un trámite para la obtención del resarcimiento por un accidente ocurrido el 14 de agosto de 2013, la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART) rechazó el carácter laboral del siniestro. Apelada la decisión, la Comisión Médica jurisdiccional determinó la ausencia de incapacidad, lo que fue confirmado por la Comisión Médica Central. Agotada la instancia administrativa, el trabajador interpuso demanda de daños y perjuicios sustentada íntegramente en el derecho común. Con posterioridad solicitó, en forma supletoria, que se le aplicara la normativa de la ley 24.557, de Riesgos del Trabajo (LRT; fs. 251 de los autos principales a los que se aludirá en lo sucesivo).

El juez de primera instancia rechazó la demanda (fs. 278/287) y el tribunal de alzada convalidó lo resuelto (fs. 312/329).

A su turno, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, al hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley deducido por la parte actora, revocó la sentencia de cámara y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento (fs. 366/371). Al efecto ponderó que no correspondía la aplicación del art. 4 de la ley 26.773 —que establece la "opción excluyente" entre el régimen de la ley 24.557 y el basado en el derecho civil— en la medida en que el trabajador no tuvo un ofrecimiento claro y concreto de la indemnización por parte de la ART circunstancia que le impidió realizar la opción que determina la norma.

2°) Que, contra esa decisión, la ART interpuso el recurso extraordinario federal (fs. 378/387) cuya denegación dio lugar a la presentación del recurso de queja en estudio (fs. 39/43 del cuaderno respectivo). En su memorial, la apelante se agravia de la interpretación dada al citado art. 4 de la ley 26.773 por resultar violatoria de los principios de congruencia, preclusión procesal y razonabilidad (arts. 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional).

3°) Que, con posterioridad a la articulación de la queja, a fs. 414/417, el tribunal de segunda instancia al que se le reenviaron las actuaciones, dispuso el rechazo de la demanda con base en el régimen de la LRT por considerar que no existían elementos probatorios que acreditaran que la dolencia que padece el actor se hubiera originado en un accidente de trabajo. Tal decisión motivó la presentación de un segundo recurso de inaplicabilidad de ley por parte del actor ante el superior tribunal local que aún no ha sido resuelto (fs. 426/434).

4°) Que, a los efectos del art. 14 de la ley 48 no es definitiva la sentencia que, al admitir un recurso ante el superior tribunal de la causa, anula el pronunciamiento apelado y dispone que se dicte un nuevo fallo (Fallos: 274:492; 275:111; 281:38; 294:56 y 293; 301:1067 y 327:4074). Ello es así dado que existe la posibilidad concreta de que la sentencia final rechace la pretensión del actor y, por ende, torne abstracto el agravio que se invoca. De ahí que resultaría improcedente —por prematuro— el tratamiento de la apelación federal articulada por la ART sin perjuicio de que, en la hipótesis opuesta, las cuestiones pueden ser traídas a conocimiento del Tribunal por vía de un nuevo recurso extraordinario contra la sentencia que cierre definitivamente el caso (confr. doctrina de Fallos: 310:107 y sus citas).

En tales condiciones, la pretensión recursiva ha de ser desestimada.

Por ello, se desestima la presentación directa y se da por perdido el depósito obrante a fs. 44 del cuaderno de queja. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Horacio Rosatti (según su voto).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14, ley 48).

Por ello, se desestima la presentación directa y se da por perdido el depósito obrante a fs. 44 del cuaderno de queja. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por **Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo, demandada en autos**, representada por la **Dra. María Lorena González Tocci**, con el patrocinio letrado del **Dr. Juan Vicente Sola.**

Tribunal de origen: **Sala n° 3 del Trabajo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado del Trabajo n° 3 y Cámara de Apelaciones de la ciudad de Gualeguaychú, ambos de la Provincia de Entre Ríos.**

GARCÍA BLANCO ESTEBAN c/ ANSeS s/ REAJUSTES VARIOS

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien es cierto que el remedio federal no se dirige contra una sentencia definitiva, ello no es óbice para admitir su procedencia cuando, como en el caso, la omisión de pronunciamiento respecto de agravios oportunamente propuestos configura un supuesto de privación de justicia, incompatible con la naturaleza de los derechos en juego y de imposible o tardía reparación ulterior y además, el asunto remite al análisis e interpretación de la ley 20.628, de indiscutible naturaleza federal (art. 14, ley 48).

DERECHO A SER OÍDO

La garantía constitucional consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional importa no sólo el derecho de acceder a un tribunal de justicia imparcial e independiente, sino el de ser oído y, de ahí, que las decisiones que se adopten hagan debido mérito de los planteos conducentes que realicen los litigantes.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Con mayor cautela cuando se trata de personas que integran un grupo vulnerable, con preferente tutela constitucional (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional), se debe tener presente que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el citado art. 18, requiere que la tutela judicial resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver, sin dilaciones, las cuestiones sometidas a su conocimiento.

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que, frente a su explícito planteo relativo a la improcedencia de la retención efectuada por el organismo previsional en concepto de impuesto a las ganancias sobre su retroactivo por el reajuste de su haber previsional, omitió brindar toda respuesta con relación al punto, a pesar de que se trataba de un agravio cuya consideración resultaba conducente.

FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA

La avanzada edad del actor - 97 años-, la naturaleza de los derechos involucrados vinculados a la subsistencia durante la ancianidad, como así también la preferente tutela constitucional de la que goza el demandante; y la incontrastable circunstancia de que el reenvío de la causa a la anterior instancia podría conducir a la definitiva privación de su derecho, imponen a la Corte hacer uso de la atribución prevista en el art. 16 de la ley 48 y decidir sobre la procedencia de su reclamo.

JUBILACION Y PENSION

La sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido, ya que la falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja.

-Del precedente "García" (Fallos: 342:411) al que la Corte remite-

JUBILACION Y PENSION

El envejecimiento y la discapacidad -los motivos más comunes por las que se accede al status de jubilado- son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales, por ello, las circunstancias y condicionantes de esta etapa del ciclo vital han sido motivo de regulación internacional, generando instrumentos jurídicos específicos.

-Del precedente "García" (Fallos: 342:411) al que la Corte remite-

JUBILACION Y PENSION

A partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos y dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal ya que, en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente "a cualquier precio", pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales.

-Del precedente "García" (Fallos: 342:411) al que la Corte remite-

JUBILACION Y PENSION

El análisis integral de la capacidad contributiva implica que la equiparación de un jubilado en condiciones de mayor vulnerabilidad con otro que no se encuentra en esa situación pasa por el alto el hecho evidente de que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro, insumiendo más gastos en el primero que en el segundo; la misma capacidad económica está destinada a rendir en ambos casos de manera diferente, desigualando en la realidad lo que el legislador igualó.

-Del precedente "García" (Fallos: 342:411) al que la Corte remite-

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Corresponde declarar la inconstitucionalidad de los arts. 23, inc. c), 79, inc. c), 81 y 90 de la ley 20.628, texto según leyes 27.346 y 27.430 y confirmar la sentencia apelada en cuanto ordena reintegrar a la actora desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago, los montos que se hubieran retenido por aplicación de las normas descalificadas y, hasta tanto el Congreso legisle sobre el punto, no podrá descontarse suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias de la prestación previsional.

-Del precedente "García" (Fallos: 342:411) al que la Corte remite-

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "García Blanco Esteban c/ Anses s/ Reajustes Varios".

Considerando:

1°) Que a través de su letrada apoderada, el actor, Esteban García Blanco, cuestionó la retención por impuesto a las ganancias que realizó la ANSeS sobre las sumas liquidadas correspondientes al reajuste de su haber previsional (fs. 241/244 vta.). En dicha ocasión, además, puso de manifiesto su avanzada edad (93 años para aquel entonces), argumentó sobre la improcedencia de la retención efectuada por la

demandada y, en subsidio, planteó la inconstitucionalidad de la ley que rige el tributo en cuestión.

La demandada, a su turno, no controvirtió la detracción practicada, sino que se limitó a señalar que ella obedeció a su carácter de "agente de retención" (fs. 249/250 vta.); tal temperamento fue rebatido por la parte actora a fs. 252/253 vta.

Al momento de resolver, el juez subrogante afirmó: "[q]*ue en el caso, la parte actora no ha acreditado en autos ni la confiscatoriedad del tributo ni la ilegalidad o arbitrariedad de lo actuado por la ANSeS*"; luego -en el párrafo siguiente- consideró que *"…en relación a la devolución de las sumas retenidas por la demandada en concepto de impuesto a las ganancias, corresponde expresar que la misma deberá ser requerida ante el organismo pertinente (AFIP) o ante el fuero correspondiente. Ello, toda vez que la A.N.Se.S sólo se limita a actuar como agente de retención…"* (fs. 254). Dicho en otras palabras: en la misma resolución el juez subrogante rechazó el planteo del actor por no haber acreditado la confiscatoriedad y, al mismo tiempo, se declaró incompetente para dirimir esa cuestión.

2°) Que el actor apeló esa decisión (fs. 255 y fs. 257/259 vta.), sin que la demandada contestase la expresión de agravios (fs. 261, foja sin foliar entre la 261 y la 263, fs. 264). En lo que aquí interesa, llevó a consideración de la Cámara la declaración de incompetencia del juez de grado y, específicamente, cuestionó dicha decisión por desestimar su planteo con relación a la improcedencia de aplicar el impuesto a las ganancias a las sumas liquidadas que se originaron *"en diferencias derivadas de haberes mal liquidados…"* (fs. 258).

3°) Que al resolver el recurso del actor, la Sala 3 de la Cámara Federal de la Seguridad Social, por mayoría, se limitó a declarar la competencia del juzgado de primera instancia "…[para] *resolver el planteo de impuesto a las ganancias"* (fs. 267/268). Sin embargo, a excepción de uno de los vocales, guardó silencio sobre la procedencia -o no- de la retención del impuesto a las ganancias practicada por el organismo previsional.

4°) Que, a fs. 282/286 vta., el actor dedujo recurso extraordinario en el que tachó a la sentencia de arbitraria, pues -a su juicio- eludió pronunciarse sobre el fondo de la cuestión propuesta en su expresión

de agravios. Tal proceder, indicó, resulta lesivo del debido proceso previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional. También argumentó que -en función de su avanzada edad- la omisión en la que incurrió la Cámara lo priva de su derecho a obtener un pronunciamiento útil. De igual modo planteó la improcedencia de la retención practicada por impuesto a las ganancias y sostuvo que ello afecta el derecho *"a la integridad e incolumidad de su prestación jubilatoria"* (fs. 284).

Corrido el traslado del remedio federal articulado (fs. 292), la demandada guardó silencio. A su turno, la sala interviniente concedió el recurso en los términos que da cuenta la resolución de fs. 294.

5°) Que si bien es cierto que el remedio federal no se dirige contra una sentencia definitiva, ello no es óbice para admitir su procedencia cuando, como en el caso, la omisión de pronunciamiento respecto de agravios oportunamente propuestos configura un supuesto de privación de justicia, incompatible con la naturaleza de los derechos en juego y de imposible o tardía reparación ulterior (arg. doc. Fallos: 316:380; 322:1481, entre muchos otros).

Asimismo, el asunto remite al análisis e interpretación de la ley 20.628, de indiscutible naturaleza federal (art. 14, ley 48).

6°) Que la garantía constitucional consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional importa no sólo el derecho de acceder a un tribunal de justicia imparcial e independiente, sino el de ser oído y, de ahí, que las decisiones que se adopten hagan debido mérito de los planteos conducentes que realicen los litigantes (arg. doct. Fallos: 317:638, entre otros).

En tal estado de cosas, y con mayor cautela cuando se trata de personas que integran un grupo vulnerable, con preferente tutela constitucional (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional), se debe tener presente que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el citado art. 18, requiere que la tutela judicial resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver, sin dilaciones, las cuestiones sometidas a su conocimiento (arg. doct. Fallos: 339:740).

7°) Que a la luz de lo expuesto, asiste razón al recurrente puesto que frente a su explícito planteo relativo a la improcedencia de la

retención efectuada por el organismo previsional en concepto de impuesto a las ganancias sobre su retroactivo por el reajuste de su haber previsional, la Cámara omitió brindar toda respuesta con relación al punto, a pesar que se trataba de un agravio cuya consideración resultaba conducente.

8°) Que lo expresado resulta suficiente para descalificar el fallo de la Cámara por arbitrario (doct. Fallos: 317:638, entre otros). Sin embargo, cabe apuntar que: i) la avanzada edad del actor -que a la fecha tendría 97 años (fs. 87)-; ii) la naturaleza de los derechos involucrados vinculados a la subsistencia durante la ancianidad, como así también la preferente tutela constitucional de la que goza el demandante; y iii) la incontrastable circunstancia de que el reenvío de la causa a la anterior instancia podría conducir a la definitiva privación de su derecho, imponen a este Tribunal hacer uso de la atribución prevista en el art. 16 de la ley 48 y decidir sobre la procedencia de su reclamo.

Sobre tales bases, la cuestión traída a conocimiento de esta Corte guarda similitud con lo decidido en el caso "García, María Isabel" (Fallos: 342:411), cuyos fundamentos y conclusiones, en lo pertinente, se dan por reproducidos por razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y -de conformidad con la doctrina del precedente "García"- se ordena a la demandada que proceda a reintegrar a la parte actora los montos retenidos en concepto de impuesto a las ganancias sobre el retroactivo reconocido por el reajuste de su haber previsional. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso extraordinario interpuesto por **Estaban García Blanco,** representado por la **Dra. Stella Maris Collasso.**

Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social n° 9**

ONTIVEROS FLORES, ROSALINDA VANESA s/ Incidente de recurso extraordinario

RECURSO EXTRAORDINARIO

Los órganos judiciales llamados a expedirse sobre la concesión del recurso extraordinario federal, deben resolver en forma fundada y circunstanciada si tal apelación -prima facie valorada- satisface todos los recaudos formales y sustanciales que condicionan su admisibilidad y dicha tarea comprende, indisputablemente, el análisis de los requisitos formales previstos en el reglamento aprobado por la acordada 4/2007, en tanto en dicho ordenamiento se hallan catalogadas diversas exigencias que, con arreglo a reiterados y conocidos precedentes, hacen a la admisibilidad formal de los escritos mediante los cuales se interpone el remedio federal [conf. considerando 1° de la referida acordada].

-Los jueces Rosenkrantz y Rosatti, en disidencia, consideraron que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 CPCCN)-

RECURSO EXTRAORDINARIO

Corresponde declarar la nulidad del auto de concesión del recurso extraordinario toda vez que el tribunal a quo eludió el necesario examen de los recaudos previstos en el reglamento aprobado por la acordada 4/2007, soslayando la valoración y decisión categórica y circunstanciada sobre la admisibilidad de la apelación federal.

-Los jueces Rosenkrantz y Rosatti, en disidencia, consideraron que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 CPCCN)-

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, rechazó el recurso de casación deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal contra la decisión del Tribunal Oral de Menores nº 2 de esta ciudad

que hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba a favor de Rosalinda Vanesa O F, en la causa que se le sigue en orden al delito de robo agravado por su comisión en poblado y en banda, y por la intervención de un menor de dieciocho años de edad (ver resoluciones del 22 de agosto y del 12 de diciembre de 2017, cuyas copias adjunto al presente).

Contra dicho pronunciamiento, la Fiscal General ante ese tribunal dedujo recurso extraordinario federal (fs. 1/10) que fue concedido (fs. 14/15).

-II-

La apelante sostiene que la decisión es arbitraria, porque se apoya en fundamentación aparente y afirmaciones dogmáticas que no dan respuesta a los agravios que planteó el Ministerio Público Fiscal.

En ese sentido, critica la invocación que uno de los magistrados del tribunal *a quo* hizo del criterio que la Corte expuso en el pronunciamiento publicado en Fallos: 331:858, porque en ningún momento estuvo en discusión en el *sub examine* la interpretación del artículo 76 bis del Código Penal.

Asimismo, cuestiona el segundo voto que conformó la mayoría en cuanto admitió la facultad de los jueces de desechar, en la audiencia de suspensión del juicio, la configuración de la agravante del artículo 41 *quater* del Código Penal en el caso concreto. Al respecto, alega que no es un asunto de carácter normativo, conforme lo presentó ese juez, sino que se trata de una circunstancia de hecho cuyo examen requiere la apreciación de la prueba y hace imprescindible, entonces, el desarrollo del juicio oral. En apoyo de su planteo, cita numerosos pronunciamientos de. las restantes salas de esa cámara.

Por otra parte, objeta la valoración que dicho magistrado hizo del tiempo en que las actuaciones habrían estado sin movimiento, a efectos de admitir la suspensión del juicio a prueba, pues no había sido previamente planteado ni considerado por el tribunal oral, y no constituye un supuesto legal de procedencia de ese beneficio.

-III-

A los fundamentos desarrollados por la magistrada apelante, a los que me remito y doy aquí por reproducidos en beneficio de la brevedad, estimo conveniente agregar algunas consideraciones sobre la arbitrariedad del pronunciamiento impugnado.

Coincido con la recurrente en que. la decisión se apoya en afirmaciones dogmáticas que le otorgaron una fundamentación sólo apa-

rente. Aprecio, en ese sentido, que el magistrado que se pronunció en primer término sólo invocó, de manera general, el criterio de interpretación que la Corte aplicó en Fallos: 331:858 respecto del artículo 76 bis, cuarto párrafo, del Código Penal, sin relacionarlo con las concretas circunstancias del presente -en particular, con la cuestionada posibilidad de que el tribunal oral modifique, antes del debate oral y el desarrollo de la prueba, la calificación legal que fue sostenida a lo largo de la causa y por la cual se requirió la elevación a juicio-.

Por su parte, el otro magistrado cuyo voto concurrió al rechazo del recurso de casación añadió otros argumentos a los que no adhirió su colega preopinante, por lo que no integrarían, entonces, los fundamentos de la conclusión adoptada por la mayoría. Sin perjuicio de ello, también estimo pertinente destacar su arbitrariedad.

En ese sentido, sostuvo que, debido a su criterio según el cual la suspensión del juicio a prueba no puede ser solicitada luego del inicio del debate oral, correspondía que antes de ese acto el tribunal se pronunciara -a instancia de la defensa- sobre la calificación legal del hecho atribuido, en especial cuando -en su opinión- se trataba de una cuestión meramente normativa, pues de lo contrario, si durante la audiencia del juicio oral se determinara que aquella agravante no resulta aplicable, la imputada ya no tendría la posibilidad de acceder a aquel beneficio. Agregó que esa solución se imponía *"en un caso como éste, en el que seriamente habría que indagarse si no hay una cuestión de plazo razonable, porque lo cierto es que sobre la base de un delito que sin la agravante tiene un máximo de diez años de prisión, la causa estuvo virtualmente seis años sin movimientos, sin que se haya realizado ningún acto procesal y durante el cual por lo menos no surge de las actuaciones una condena contra la imputada, con lo que cabe suponer que los fines preventivo-especiales del proceso se han verificado en el caso, cree que la solución del tribunal era la más adecuada"* (página 4 del fallo citado).

Coincido con la fiscal apelante en que la aplicación de la agravante por la intervención de un menor de dieciocho años de edad en las conductas objeto de este proceso dista de ser una cuestión meramente normativa, y radica, por el contrario, en la valoración de hechos y pruebas. Ello surge con claridad del voto en disidencia del presidente de esa sala, en cuanto aclaró que, según el criterio de sus colegas en relación con esa agravante del artículo 41 *quater* del Código Penal, en los casos en que hubiere intervenido un niño de entre dieciséis y dieciocho años de edad, aquélla resulta aplicable en tanto se constate que el adulto actuó como autor mediato utilizando al menor como instru-

mento. Esa circunstancia, indudablemente, sólo puede ser corroborada mediante la valoración de las pruebas y la evaluación de los hechos.

En el presente, el agente fiscal que requirió la elevación a juicio se basó en el examen de las pruebas desarrolladas durante la instrucción, ajustándose a los hechos que en esa etapa fueron motivo de procesamiento. Y la fiscal ante el tribunal oral emitió su dictamen acerca del beneficio en cuestión con base en la calificación postulada en aquella oportunidad, para la que se prevé una pena mínima de cuatro años de prisión (artículo 167, segundo supuesto, del Código Penal) cuyo cumplimiento no podrá ser dejado en suspenso (conf. artículo 26, *a contrario sensu*, del Código Penal) y que obsta entonces a la suspensión del juicio a prueba (artículo 76 bis, cuarto párrafo, de dicho ordenamiento).

Sobre esa base, estimo que la oposición de dicha magistrada contó con fundamentos razonables y suficientes que, aunque no fueran compartidos por el *a quo*, la pusieron a salvo del control del que pudo haber sido objeto, y la colocaron así, dado su carácter vinculante (conf. dictamen de esta Procuración General en los autos "Góngora, Gabriel Arnaldo", publicado en Fallos: 336:392; resolución PGN nº 13/2019, del 22 de febrero de 2019) como un límite infranqueable a la concesión de aquel beneficio.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el tribunal oral no sostuvo que la opinión de la fiscal acerca de la suspensión del juicio a prueba fuese en este aspecto irrazonable o infundada, sino que se limitó a expresar que "*no comparto lo sostenido por la Sra. Fiscal por cuanto -luego de haber tomado conocimiento de las constancias de autos y escuchado a las partes- considero que prima facie, el delito que se le reprocha a la procesada O F le permitiría, en principio, ser pasible -de ser condenada- de una sanción de ejecución suspendida; toda vez que la conformación actual del Tribunal, descarta la aplicación del art. 41 quater del Código Penal, atento ello, a las características del hecho y la conducta que se le reprocha a la nombrada*" (página 3 de la citada resolución del 22 de agosto de 2017). De esa manera, pasó por alto aquel dictamen mediante una mera alusión a pruebas que no detalló y cuya valoración tampoco expuso, y fundó así su decisión en una afirmación dogmática.

Tampoco constituye fundamento válido, a mi modo de ver, la invocación que aquel segundo voto de la sentencia impugnada hizo de la garantía del plazo razonable, porque -sin perjuicio de que no existió mayoría sobre esa consideración- el magistrado no analizó todos los

criterios establecidos por la Corte para determinar la razonabilidad de la duración de un proceso -v. gr. , la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales y el análisis global del procedimiento; Fallos: 335:1126, considerando 10-, y omitió explicar por qué razón aquélla podría incidir en la decisión sobre la suspensión del juicio a prueba a pesar de que, teniendo en cuenta la prolongación del procedimiento que ésta implica, podrían ser incompatibles.

En tales condiciones, pienso que el fallo apelado no constituye derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del proceso y debe ser descalificado como un acto jurisdiccional válido, pues bajo la indebida invocación del precedente "Acosta" se ha eludido arbitrariamente el tratamiento razonado de la cuestión relevante del caso, esto es, la aplicación de la agravante del artículo 41 *quater* del Código Penal.

Por lo expuesto, y los demás fundamentos de la Fiscal General, solicito a V.E. que tenga por acompañadas las resoluciones indicadas en el apartado I, revoque la sentencia recurrida y ordene el dictado de una nueva conforme a derecho. Buenos Aires, 2 de mayo de 2019. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Ontiveros Flores, Rosalinda Vanesa s/ incidente de recurso extraordinario".

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, al rechazar el recurso de casación interpuesto por la Fiscal General, confirmó la decisión del Tribunal Oral de Menores n° 2 que resolvió hacer lugar a la suspensión del juicio a prueba respecto de Rosalinda Vanesa Ontiveros Flores.

2°) Que contra esa decisión, la representante del Ministerio Público Fiscal dedujo el recurso extraordinario de fs. 1/10, en el que plantea

los agravios que han sido correctamente reseñados en el apartado II del dictamen del Procurador General de la Nación Interino, al que corresponde remitir por razones de brevedad.

3°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional concedió el remedio federal a fs. 14/15, expresando únicamente que: "*En tanto el impugnante ha dado cumplimiento a los requisitos de admisibilidad del remedio federal articulado, y toda vez que un análisis no limitado exclusivamente a las exigencias formales importaría avanzar sobre el juzgamiento de la arbitrariedad atribuida a la propia decisión de este tribunal, corresponde conceder el recurso extraordinario interpuesto*".

4°) Que esta Corte ha tenido oportunidad de declarar, con énfasis y reiteración, la nulidad de resoluciones por las que se concedían recursos extraordinarios cuando ha constatado que aquellas no daban satisfacción a un requisito idóneo para la obtención de la finalidad a que se halla destinado (art. 169, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; Fallos: 310:1014, 2122 y 2306; 315:1589; 323:1247 y 331:2302, entre muchos otros).

5°) Que, asimismo, este Tribunal ha afirmado que los órganos judiciales llamados a expedirse sobre la concesión del recurso extraordinario federal, deben resolver en forma fundada y circunstanciada si tal apelación -*prima facie* valorada- satisface todos los recaudos formales y sustanciales que condicionan su admisibilidad (Fallos: 338:1534 y 339:869). Dicha tarea comprende, indisputablemente, el análisis de los requisitos formales previstos en el reglamento aprobado por la acordada 4/2007, en tanto en dicho ordenamiento se hallan catalogadas diversas exigencias que, con arreglo a reiterados y conocidos precedentes, hacen a la admisibilidad formal de los escritos mediante los cuales se interpone el remedio federal [conf. considerando 1° de la referida acordada].

6°) Que en la presente causa, el tribunal *a quo* eludió el necesario examen de los recaudos previstos en el reglamento citado, soslayando la valoración y decisión categórica y circunstanciada ("con toda menudencia, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad", según la definición de la Real Academia) sobre la admisibilidad de la apelación federal a que obliga la doctrina precedentemente citada (Fallos: 332:2813 y 333:360, entre otros).

7°) Que, en las condiciones expuestas, el auto de concesión del recurso extraordinario carece ostensiblemente de la fundamentación exigida por reiterados precedentes del Tribunal, defecto que impone privar de validez a la mencionada resolución.

Por ello, se declara la nulidad de la resolución mediante la que se concedió el recurso extraordinario (fs. 14/15). Vuelvan las actuaciones al tribunal de origen para que se dicte una nueva decisión sobre el punto. Notifíquese y remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia)– Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti (en disidencia).

Disidencia del Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz y del Señor Ministro Doctor Don Horacio Rosatti

Considerando:

Que el recurso extraordinario resulta inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se lo desestima. Notifíquese y devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por la **Dra. Susana Marta Pernas, Fiscal General a cargo de la Fiscalía Oral de Menores n° 2.**

Tribunal de origen: **Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Oral de Menores n° 2.**

R. P., C. A. c/ M. O., N. D. R. s/ Restitución internacional de menores

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Frente a las particularidades propias del procedimiento de restitución internacional en juego, sumadas a la realidad itinerante en la que parecería encontrarse inmersa la infante dada la conducta desplegada por su progenitora y la judicialización del conflicto ante la justicia brasileña, justifican en el caso la suspensión del proceso de acuerdo lo dispuesto por el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 , en cuanto en su art. 12 in fine establece que cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la demanda de restitución.

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

Corresponde suspender el trámite del recurso extraordinario hasta tanto se cuente en la causa con información conducente para el dictado de un pronunciamiento respecto de las cuestiones planteadas, en particular sobre el objeto de la causa judicial iniciada por ante la justicia brasileña, el estado procesal de su trámite, las medidas que pudieran haberse dispuesto y cualquier otra incidencia que pueda relacionarse con el fin que persigue el proceso de restitución internacional del menor, requiriendo para ello la colaboración de distintas autoridades administrativas y judiciales como también de las partes involucradas en el asunto (conf. Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Las sentencias de la Corte deben ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que en el marco del presente proceso sobre restitución internacional y frente a las circunstancias fácticas surgidas de la causa, el pasado 11 de marzo el Tribunal ordenó la realización de medidas para mejor proveer con el objeto de dilucidar con certeza el paradero de la niña P.A.R.M., a fin de poder definir, en su caso, la competencia de esta Corte en el asunto sometido a su conocimiento.

2°) Que a la luz de los informes remitidos por el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 8, la Dirección Nacional de Migraciones, la División Investigación Federal de Fugitivos y Extradiciones –Departamento Interpol– y la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional –Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio, Internacional y Culto- en cumplimiento de las citadas medidas, el único dato cierto sobre el punto requerido es el que surge de la respuesta brindada por el citado Departamento Interpol.

Este organismo dio cuenta que el 29 de septiembre de 2020 recibió una comunicación procedente de su par en la República Federativa de Brasil mediante la cual se le informaba que la niña y su progenitora residían en el domicilio que especifica, ubicado en el Barrio Costa Carvalho, Municipio Juiz de Fora, Estado de Mina Gerais. Asimismo, aclaró que dicha información fue retransmitida tanto a la Autoridad Central en materia de Restitución Internacional del Menor con competencia en dicho país, como a la citada Dirección de Asistencia Jurídica Internacional, en su carácter de Autoridad Central argentina.

3°) Que en forma contemporánea, el actor -aquí recurrente- se presenta ante esta Corte Suprema y comunica que, oportunamente, frente a los datos que indicaban que posiblemente la niña y su progenitora se encontraban en la República Federativa de Brasil, denunció esa situación a la Autoridad Central de la República Bolivariana de Venezuela solicitándole que requiriese a las autoridades de aquel país medidas tendientes a la localización y cierre de fronteras para evitar nuevos traslados.

Señala que su reclamo fue asignado a un tribunal brasileño en enero de 2021 y que el 10 de marzo próximo pasado recibió una citación de un tribunal brasileño para una audiencia conciliatoria a realizarse ese mismo día, la que fue finalmente celebrada en forma virtual. Manifiesta que en dicha oportunidad pudo conversar con la demandada, quien le confirmó que se encontraba en aquel país y le expresó su deseo de regresar a la Argentina. Asimismo, informa que también logró dialogar con su hija, hecho que motivó que luego pudieran comunicarse diariamente por teléfono y videollamada.

El recurrente hace hincapié en que, ante las particulares circunstancias del expediente y la conducta reiteradamente ilícita de la demandada, tiene interés actual en que las autoridades judiciales argentinas resuelvan acerca de la situación jurídica relacionada con la retención indebida de la niña en nuestro país. En subsidio, solicita la suspensión de los plazos procesales hasta tanto aquella niña regrese a su lugar de residencia habitual en la República Bolivariana de Venezuela (desde la República Federativa de Brasil o desde donde se localice con su progenitora) o hasta que reingrese a la Argentina.

4°) Que otorgada una nueva vista de las actuaciones, el señor Defensor General Adjunto entiende que la situación actual -en tanto le impide ejercer en forma efectiva la representación asumida en su oportunidad, dado que la niña no reside actualmente en esta jurisdicción- exige que se disponga la suspensión del trámite del proceso a la espera de lo que suceda en la justicia brasileña o de lo que, en su caso, las partes voluntariamente acuerden. Asimismo, sugiere la posibilidad de poner compromisos en cabeza de las partes y de las autoridades de aplicación del Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980) a fin de mantener actualizada la información en la causa.

5°) Que este Tribunal ha señalado, en reiterada doctrina, que sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 311:787, entre otros). En tal sentido, aun cuando no existen datos oficiales de la salida de la niña y su progenitora de la República Argentina, según lo comunicado por la Dirección Nacional de Migraciones, lo cierto es que el escenario fáctico descripto a partir de la información otorgada tanto por el Departamento de Interpol como por el propio actor, permite concluir que la niña ha sido efectivamente

trasladada por la demandada a la República Federativa del Brasil y, por ende, no se encuentra residiendo en nuestro país.

6°) Que frente a ello, las particularidades propias del procedimiento de restitución internacional en juego, sumadas a la realidad itinerante en la que parecería encontrarse inmersa la infante dada la conducta desplegada por su progenitora y la judicialización del conflicto ante la justicia brasileña, justifican en el caso hacer uso de la solución que el citado CH 1980 contempla para una situación como la que se suscita en las presentes actuaciones: la suspensión del proceso. En efecto, dicho convenio expresamente dispone en su art. 12, *in fine*, que "…Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá **suspender el procedimiento** o rechazar la demanda de restitución…" (el resaltado no pertenece al texto).

Dicha suspensión deberá mantenerse hasta tanto se cuente en autos con información conducente para el dictado de un pronunciamiento respecto de las cuestiones planteadas, en particular sobre el objeto de la causa judicial iniciada por ante la justicia brasileña, el estado procesal de su trámite, las medidas que pudieran haberse dispuesto y cualquier otra incidencia que pueda relacionarse con el fin que persigue el presente proceso de restitución internacional. Para obtener tales datos resulta necesario requerir la colaboración de distintas autoridades administrativas y judiciales como también de las partes involucradas en el asunto.

7°) Que la presente decisión encuentra sustento en el principio de cooperación internacional entre los Estados parte del CH 1980 y sus autoridades administrativas y judiciales; en el objetivo que persigue el citado convenio en cuanto a la prevención de la lucha contra la multiplicación de sustracciones internacionales, y en los fines que lo inspiran, según su Preámbulo, de proteger a los niños, niñas y adolescentes, en el plano internacional, respecto de los efectos perjudiciales que podría ocasionarles un traslado o una retención ilícita, y al mismo tiempo establecer los procedimientos que permitan garantizar su restitución inmediata a un Estado en que tengan su residencia habitual.

En las condiciones expresadas, SE RESUELVE: suspender el trámite del presente recurso extraordinario y disponer que por Secretaría se requiera:

a) a la parte actora que informe acerca del objeto de la causa judicial en trámite por ante la República Federativa de Brasil y de su estado procesal;

b) a la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional –Autoridad Central de Argentina– que se contacte con sus pares de la República Federativa de Brasil y de la República Bolivariana de Venezuela a los efectos de consultar si se encuentra iniciado otro pedido de restitución internacional e informe a esta Corte Suprema respecto de dicha circunstancia;

c) a la jueza argentina miembro de la Red de Jueces de Enlace de la Conferencia de la Haya que se comunique con sus pares de los países mencionados y ponga en conocimiento de esta Corte el estado actual del proceso que tramita en la República Federativa de Brasil y de cualquier dato que pudiera resultar de utilidad;

d) a ambas partes que informen -en forma periódica- los acontecimientos que se susciten y/o el avance del proceso judicial iniciado en la República Federativa de Brasil;

e) a la Dirección Nacional de Migraciones y a la División Investigación Federal de Fugitivos y Extradiciones –Departamento Interpol– que informen a este Tribunal acerca de cualquier modificación que se produzca respecto del paradero de la niña P. A. R. M. y de su progenitora N. D. R. M. O., y

f) al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 8 que informe respecto de cualquier avance que pudiese tener la causa penal en trámite por ante sus estrados.

A tal efecto, líbrense los requerimientos mencionados. Notifíquese a las partes y al señor Defensor General Adjunto. Resérvese.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso extraordinario interpuesto por la **parte actora, representada por la Defensora Pública Coadyuvante de la Defensoría General de la Nación Inés Aldanondo.**

Traslados contestados por **la demandada, asistida por la Defensoría Pública Oficial.**

Tribunal de origen: **Sala de Feria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 83.**

DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD C/ SILVA, JUANA RUPERTA S/ DEMANDA POR EXPROPIACIÓN

INTERESES

Los agravios relativos a la tasa de interés aplicada -a la indemnización por expropiación-son atendibles pues resultan descalificables las sentencias de los tribunales de alzada que exceden el límite de su competencia apelada con menoscabo de garantías constitucionales.

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que modificó la tasa de interés fijada en la instancia anterior a la indemnización por expropiación, si el escrito de expresión de agravios de la parte demandada no contiene ningún pasaje en el que se haya cuestionado ese aspecto de la decisión, con lo cual la intervención del a quo estaba exclusivamente limitada a examinar las críticas de ambas partes relacionadas con el quantum de la indemnización y los restantes planteos de la actora concernientes a la incidencia de la suma depositada en términos del art. 22 de la ley 21.499 y al régimen causídico.

RECURSO DE APELACION

La jurisdicción de los tribunales de segunda instancia está limitada por el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su competencia decisoria, y la prescindencia de tal limitación causa agravio a la garantía constitucional de la defensa en juicio.

SENTENCIA ARBITRARIA

El pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos en la causa es incompatible con las garantías de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional, pues el juzgador no puede convertirse en el intérprete de la voluntad implícita de una de las partes sin alterar, de tal modo, el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Dirección Nacional de Vialidad c/ Silva, Juana Ruperta s/ demanda por expropiación", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que, contra la sentencia de la Cámara Federal de Tucumán que confirmó la decisión del juez de primera instancia en cuanto admitió la procedencia de la acción de expropiación promovida por la Dirección Nacional de Vialidad y la modificó en lo referente al *quantum* de la indemnización, a la tasa de interés y a su modo de cálculo, la parte actora interpuso el recurso extraordinario federal cuya denegación dio origen a la presente queja.

2°) Que, en cuanto aquí interesa, el tribunal *a quo* examinó, en primer término, los planteos de ambas partes que tenían por objeto cuestionar la cuantía de la indemnización. Sobre ese punto, consideró que el peritaje efectuado por el experto designado en la causa representaba adecuadamente el "valor objetivo del bien" y que el Tribunal de Tasaciones de la Nación "omitió ponderar elementos de juicio" al momento de emitir su dictamen.

Seguidamente, expuso que el juez de grado no había fijado la tasa de interés aplicable, por lo que, a los efectos de "*preservar al afectado de cualquier perjuicio derivado de una eventual desactualización del monto indemnizatorio, producida entre el momento de la tasación y el efectivo pago*" debía aplicarse, conforme la reiterada juris-

prudencia en materia de expropiaciones, la "*tasa activa promedio mensual que publica el BCRA*", desde "*la fecha en que se hizo el depósito de la suma consignada judicialmente (1/10/10) la que deberá ser deducida del monto estimado como indemnización y a esa diferencia aplicarle dicha tasa hasta el efectivo pago*".

3°) Que en el remedio federal la Dirección Nacional de Vialidad alega que el *a quo* efectuó una interpretación errada y arbitraria de la ley 21.499 al apartarse de la valuación efectuada por el Tribunal de Tasaciones de la Nación sin haber brindado razones suficientes.

Añade, asimismo, que se extralimitó en el marco de la apelación, pues modificó lo resuelto en cuanto a la tasa de interés aplicable y a su modo de cómputo a pesar de que ello no había sido materia de agravio, con la consecuente lesión al derecho de defensa en juicio y al principio de la cosa juzgada.

Por último, argumenta que esa modificación se apartó, de manera arbitraria, de lo dispuesto en el art. 20 de la ley 21.499.

4°) Que los planteos referentes al *quantum* de la indemnización fijada por la cámara resultan inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

5°) Que por el contrario, los agravios relativos a la tasa de interés aplicada son atendibles pues de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, resultan descalificables las sentencias de los tribunales de alzada que exceden el límite de su competencia apelada con menoscabo de garantías constitucionales (Fallos: 315:127 y sus citas; 342:1434, voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

Tal supuesto se configura en el sub examine pues, como lo sostiene el recurrente, el juez de primera instancia había dispuesto que los intereses deberían calcularse desde la fecha de la desposesión hasta el día del efectivo pago "*conforme lo prescripto por el art. 20 de la Ley N° 21.499, debiéndose proceder a su cálculo en la etapa procesal oportuna*" y el escrito de expresión de agravios de la parte demandada no contiene ningún pasaje en el que se haya cuestionado ese aspecto de la decisión.

Desde esa perspectiva, la intervención del *a quo* estaba exclusivamente limitada a examinar las críticas de ambas partes relacionadas

con el *quantum* de la indemnización y los restantes planteos de la Dirección Nacional de Vialidad concernientes a la incidencia de la suma depositada en términos del art. 22 de la ley 21.499 y al régimen causídico.

6°) Que, en consecuencia, al modificar la tasa de interés fijada en la instancia anterior, el tribunal de alzada se pronunció sobre una cuestión que no le había sido planteada, lo cual se encuentra vedado por el ordenamiento procesal (art. 277 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). En ese sentido, esta Corte ha resuelto que la jurisdicción de los tribunales de segunda instancia está limitada por el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su competencia decisoria, y la prescindencia de tal limitación causa agravio a la garantía constitucional de la defensa en juicio (Fallos: 235:171 y 512; 237:328; 281:300; 301:925; 304:355; 311:1601; 313:983; 319:2933; 339:1308, 1567 y 1801, entre muchos otros). También ha dicho que el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos en la causa es incompatible con las garantías de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 284:115), pues el juzgador no puede convertirse en el intérprete de la voluntad implícita de una de las partes sin alterar, de tal modo, el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria (Fallos: 283:213; 311:569 y 342:1434, voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

7º) Que en tales condiciones, cabe concluir en que media relación directa e inmediata entre lo resuelto por la cámara y las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (artículo 15 de la ley 48), razón por la cual corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara parcialmente procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la decisión apelada, con los alcances indicados. Las costas de esta instancia se distribuyen por su orden en atención al modo en que se decide. Exímase a la recurrente de integrar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por la **Dirección Nacional de Vialidad**, **parte actora, representada por la Dra. Ana Belén Villalba.**

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Tucumán.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Santiago del Estero.**

DOMÍNGUEZ, MARIO RUBÉN s/ Incidente de recurso extraordinario

PRISION DOMICILIARIA

Es arbitraria la sentencia que concedió la detención domiciliaria a quien se encuentra cumpliendo en esa condición la pena a prisión perpetua que se le impuso, pues si bien no se desconocen las graves patologías del condenado, ellas pueden ser tratadas adecuadamente en la unidad carcelaria donde aquél se encontraba privado de su libertad, de acuerdo con lo informado por los profesionales del Cuerpo Médico Forense; circunstancia que fue omitida por el a quo que se limitó a recordar, además de la edad de aquél, cuál era el diagnóstico acerca del estado de su salud, sin explicar por qué aquella opinión médica debería ser desatendida al resolver sobre la concesión del instituto bajo examen (disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

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

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

PRISION DOMICILIARIA

La ley 24.660 no establece la obligación, sino la facultad de los jueces de conceder la detención domiciliaria, entre otros, a los imputados mayores de setenta años; y dado que el legislador no aclaró qué otros requisitos se deberían considerar a ese fin, habría que tener en cuenta, para impedir arbitrariedades, los objetivos del instituto, es decir, evitar el trato cruel, inhumano o degradante del encarcelado o la restricción de derechos fundamentales que la prisión no debe afectar, aun en el caso de imputados por delitos de lesa humanidad (disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

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

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

PRISION DOMICILIARIA

Al pronunciarse sobre la procedencia de la detención domiciliaria los jueces deben ponderar tanto si, en función de las particulares circunstancias de salud que registra el interesado, además de su avanzada edad, la privación de libertad en un establecimiento penitenciario puede comprometer o agravar su estado como también si la unidad carcelaria correspondiente resulta apta para alojarlo, resguardarlo y tratarlo de forma adecuada (disidencia de la jueza Highton de Nolasco).

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

-La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

La Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal anuló la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de San Martín, provincia de Buenos Aires, y concedió la detención domiciliaria a Mario Rubén D para que siga cumpliendo en esa condición la pena a prisión perpetua que se le impuso (fs. 2/12 y 16 y vta.).

Contra lo resuelto por el *a quo*, el señor Fiscal General interpuso recurso extraordinario (fs. 13/28), cuyo rechazo (fs. 34 y vta.) motivó la presente queja (fs. 35/38 vta.).

-II-

En cuanto a la admisibilidad formal del recurso federal deducido, observo circunstancias análogas a las analizadas por V.E. en el precedente publicado en Fallos: 336:2392, y en las causas C. 902, XLVIII, "Comes, César Miguel s/recurso extraordinario", sentencia del 27 de diciembre de 2013, y C. 129, XLIX, "Caggiano Tedesco, Carlos Humberto s/causa no 14569", sentencia del 4 de febrero de 2014, por lo que me remito, en beneficio de la brevedad, a los votos de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda emitidos en esos casos, y opino, en consecuencia, que la presente queja resulta procedente.

-III-

Por otro lado, advierto que asiste razón al recurrente al tachar de arbitraria la decisión del *a quo* mediante la que se concedió la detención domiciliaria al condenado (fs. 20/28).

En efecto, por un lado, si bien D cumple con el requisito etario previsto en el artículo 32, letra "d". de la ley 24.660, esta circunstancia no puede considerarse suficiente -como la considera en su voto la juez Ledesma (fs. 7)- en tanto aquella ley no establece la obligación, sino la facultad de los jueces de conceder la detención domiciliaria, entre otros, a los imputados mayores de setenta años. Y dado que el legislador no aclaró qué otros requisitos se deberían considerar a ese fin. habría que tener en cuenta, para impedir arbitrariedades, los objetivos del instituto, es decir, evitar el trato cruel, inhumano o degradante del encarcelado o la restricción de derechos fundamentales que la prisión no debe afectar, aun en el caso de esa clase de imputados (Cf. dictamen de esta Procuración General, emitido el 28 de febrero de 2013 en el caso O. 296, XLVIII, "Olivera Róvere, Jorge Carlos s/recurso de casación", sentencia del 27 de agosto del mismo año).

Ese sentido de la ley, según lo aprecio, surge también de la jurisprudencia de V.E., en tanto ha establecido -salvo una mejor interpretación que de sus fallos pueda hacer el Tribunal- que al pronunciarse sobre la procedencia de la detención domiciliaria los jueces deben ponderar tanto si, en función de las particulares circunstancias de salud que registra el interesado, además de su avanzada edad, la privación de libertad en un establecimiento penitenciario puede comprometer o agravar su estado como también si la unidad carcelaria correspondiente resulta apta para alojarlo, resguardarlo y tratarlo de forma adecuada (considerando 24 del voto que lidera el acuerdo en el precedente de Fallos: 340:493).

Desde esa perspectiva, se destaca en el recurso extraordinario (fs. 26), tal como ya lo había hecho el tribunal oral (Cf. fs. 7), que las graves patologías de D, que no desconozco pueden ser tratadas adecuadamente en la unidad carcelaria donde aquél se encontraba privado de su libertad, de acuerdo con lo informado por los profesionales del Cuerpo Médico Forense. Esa circunstancia, sin embargo, fue omitida por el *a quo*, cuya mayoría se limitó a recordar, además de la edad del condenado, cuál es el diagnóstico acerca del estado de su salud, sin explicar por qué aquella opinión médica debería ser desatendida al resolver sobre la concesión del instituto bajo examen (Cf. fs. 7/11).

En conclusión, entiendo que esa decisión del *a quo* debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido, de acuerdo con la conocida doctrina de V.E. sobre arbitrariedad de sentencias, en tanto ha prescindido del análisis de una cuestión conducente para la adecuada solución del caso (Fallos: 314:547; 317:446; 318:920; 321:1019, entre otros).

-IV-

Por todo ello, y las demás consideraciones desarrolladas por el señor Fiscal General, mantengo la presente queja. Buenos Aires, 30 de mayo de 2019. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Domínguez, Mario Rubén s/ incidente de recurso extraordinario", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presentación directa. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia)– Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

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

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados por el señor Procurador General de la Nación interino ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en oportunidad de mantener en esta instancia el recurso del Fiscal General, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Remítanse los autos al tribunal de origen para su agregación a los autos principales y, para que, por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y cúmplase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de queja interpuesto por el **Dr. Mario Villar, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal.**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de San Martín.**

MERCADO, FLORENTINO c/ E.N.TEL. (RESIDUAL) s/ COBRO DE PESOS s/ SUMAS DE DINERO

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es procedente, pues la interpretación de las sentencias de la Corte Suprema en las mismas causas en que ellas han sido dictadas constituye cuestión federal suficiente para ser examinada en la instancia extraordinaria, cuando la decisión impugnada consagra un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por ella y desconoce en lo esencial aquella decisión.

TASA DE JUSTICIA

La sentencia que dispuso el cómputo de intereses a la tasa activa desde el 6 de enero de 2002, prescindió abiertamente del anterior pronunciamiento de la Corte en la causa en cuanto resolvió que de conformidad con la ley 23.982, las obligaciones comprendidas en su ámbito se consolidan después del reconocimiento firme, en sede administrativa o judicial (art. 1°), en tanto en ese momento, se produce la novación de la obligación original y de cualquiera de sus accesorios, razón por la cual sólo subsisten para el acreedor los derechos derivados de la consolidación que la misma ley establece (art. 17) y, en consecuencia, dichas obligaciones, devengan el interés que prevé el art. 6° de esa ley.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional en la causa Mercado, Florentino c/ E.N.TEL. (residual) s/ cobro de pesos s/ sumas de dinero", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que a fs. 1671, esta Corte revocó la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Posadas porque –en lo que interesa– había omitido considerar las serias alegaciones del Estado concernientes a que en la liquidación del crédito de autos se había prescindido del régimen de consolidación de la ley 23.982. Vueltos los autos, la cámara le ordenó al juez que examinara dicha cuestión. A fs. 1746/1751 el *a quo* confirmó la sentencia de primera instancia de fs. 1717/1719 que había resuelto que el crédito debía liquidarse hasta el 1° de abril de 1991 y a partir de allí computarse exclusivamente los intereses previstos en dicho régimen. No obstante, la cámara, bajo el entendimiento de que "los bonos ya tienen fecha de vencimiento al día de la fecha", afirmó que "debe establecerse en sede judicial el tipo de interés que corresponde aplicar desde ese momento y hasta la fecha de cancelación, ya que sólo así se satisface la pretensión expresada en la demanda de obtener el pago del capital reclamado desde que cada fecha es debida con más los intereses correspondientes hasta su efectivo pago". A tal fin, estimó que podía aplicarse el criterio jurisprudencial de calcular los intereses propios de la

consolidación hasta el 6 de enero de 2002, fecha de entrada en vigencia de la ley 25.561 y de allí en más a la tasa activa, por lo que en el caso debía computarse "desde el vencimiento de los Bonos de Consolidación hasta su efectivo pago". Contra tal pronunciamiento, el Estado Nacional (Ministerio de Hacienda) interpuso el recurso extraordinario de fs. 1752/1766, cuya denegación dio origen a la presente queja.

2°) Que el recurso es procedente, pues la interpretación de las sentencias de la Corte Suprema en las mismas causas en que ellas han sido dictadas constituye cuestión federal suficiente para ser examinada en la instancia extraordinaria cuando, como ocurre en el *sub lite*, la decisión impugnada consagra un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por el Tribunal y desconoce en lo esencial aquella decisión (Fallos: 308:215; 321:2114; 330:1236, entre otros).

3°) Que, en efecto, la sentencia de cámara, al disponer el cómputo de intereses a la tasa activa desde el 6 de enero de 2002, prescindió abiertamente del pronunciamiento del Tribunal de fs. 1671 en cuanto allí se resolvió que "de conformidad con la ley 23.982, las obligaciones comprendidas en su ámbito se consolidan después del reconocimiento firme, en sede administrativa o judicial (art. 1°). En ese momento, se produce la novación de la obligación original y de cualquiera de sus accesorios, razón por la cual sólo subsisten para el acreedor los derechos derivados de la consolidación que la misma ley establece (art. 17) y, en consecuencia, dichas obligaciones, devengan el interés que prevé el art. 6° de esa ley (Fallos: 322:421)". Este sometimiento de una obligación al régimen de consolidación, habida cuenta de lo resuelto a fs. 1671 y del carácter de orden público de las normas que lo rigen, imponía la aplicación de los intereses según lo previsto en dicho art. 6° de la ley 23.982 y en sus normas complementarias, en el caso, la resolución 15/2010, art. 7 punto "1", inciso "1.1" del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Por ello, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos y se deja sin efecto la sentencia con el alcance indicado. 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. Reintégrese el depósito de fs. 58. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por el **Estado Nacional –Ministerio de Hacienda**-, **parte demandada**, representado por la **Dra. Laura Julia Domínguez**.

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Posadas.**

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

ROA RESTREPO, HENRY c/ EN – M INTERIOR OP y V - DNM s/ RECURSO DIRECTO DNM

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario es formalmente admisible si se discute la validez de un acto de autoridad nacional - Dirección Nacional de Migraciones- con fundamento en la interpretación y aplicación de normas de carácter federal y la decisión ha sido contraria a las pretensiones que el recurrente fundó en ellas.

ACTOS ADMINISTRATIVOS

Si bien el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión -competencia, forma, causa, finalidad y motivación- y, por el otro, el examen de su razonabilidad, ello no implica que el juez reemplace a la Administración, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, mas no sustitutiva.

MIGRACIONES

La causal impediente para la permanencia en el país que justificó la orden de expulsión expresada por la Dirección Nacional de Migraciones no puede ser reemplazada en sede judicial por una distinta, que ni siquiera fue considerada por la autoridad administrativa; pues la determinación de las razones que obstan a la permanencia de un migrante en el país corresponde, según la ley 25.871, a la autoridad migratoria y en consecuencia, la legalidad de esa decisión solo debe juzgarse en base a los motivos que expresa, y no de otros.

MIGRACIONES

La concurrencia de la causal impediente para la permanencia en el país hace a la motivación del acto y debe estar expuesta en él (artículo 7°, incisos b y e, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos) y no puede ser modificada posteriormente por los jueces cuando su validez es cuestionada, pues si la apreciación de la causa del acto de expulsión pudiera ser reemplazada o sustituida por los magistrados, pasaría a ser materia de un debate judicial sobre aspectos no delimitados previamente, en lugar de constituir el antecedente necesario de la eficacia jurídica del acto, desnaturalizando así la misión del Poder Judicial.

MIGRACIONES

Toda vez que el supuesto del artículo 62, inciso b, de la ley 25.871 (registrar conducta reiterante) no fue la razón de hecho y de derecho por la que la Dirección Nacional de Migraciones dispuso la expulsión, no resulta válido que la cámara haya introducido esa causal, pues no solo con ello excedió el control de legalidad y razonabilidad, sino también porque la decisión adoptada implicó sustituir los motivos del acto administrativo sin la debida oportunidad de debate en sede administrativa y judicial por parte del migrante.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Frente a la ambigüedad del auto de concesión del recurso extraordinario -que se limitó a conceder parcialmente el recurso en lo que hace a la interpretación de los artículos 29, incisos c y j, y 62, inciso b, de la ley 25.871, por considerar que se hallaba en juego la interpretación de una norma federal-, la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio justifica considerar los agravios relativos a la arbitrariedad de la sentencia, pues las deficiencias de la resolución mencionada no pueden tener por efecto restringir el derecho de la parte recurrente (Voto del juez Rosenkrantz).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y el alcance de las peticiones de las partes es un tema, como regla, ajeno a esta instancia, ello admite excepción en casos en los que media

manifiesto apartamiento de la relación procesal, por haberse emitido pronunciamiento sobre cuestiones no articuladas por las partes y que el juzgador no pudo considerar de oficio sin desmedro de garantías constitucionales (Voto del juez Rosenkrantz).

SENTENCIA ARBITRARIA

Incurre en un supuesto de arbitrariedad sorpresiva la sentencia que se expidió sobre una causal de expulsión del migrante diferente a la considerada por la Dirección Nacional de Migraciones, pues de ese modo, se consumó un inequívoco apartamiento de los términos en que había quedado trabada la litis y una violación de las reglas procesales que rigen la jurisdicción revisora de los tribunales de alzada (artículos 34, inciso 4, 166, inciso 6, 271 y 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); solución que no se ve amparada por el principio de iura novit curia, en tanto este no habilita a apartarse de lo que resulte de los términos de la demanda o de las defensas planteadas por los demandados (Voto del juez Rosenkrantz).

MIGRACIONES

Corresponde declarar la nulidad de la disposición de la Dirección Nacional de Migraciones que determinó la expulsión del migrante con sustento en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, toda vez que la condena penal impuesta al actor en la que se fundó el acto de expulsión no encuadra en alguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inciso —tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas—, ni alcanza el mínimo de tres años de pena privativa de la libertad allí fijado (Voto del juez Rosenkrantz).

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar -con justicia- la satisfacción del interés público; en paralelo, es también una instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares, sujeta -inexcusablemente- a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo -o razonabilidad- (artículos 18, 19 y 28, Constitución Nacional y artículo 1°, ley 19.549) (Voto del juez Rosatti).

ACTOS ADMINISTRATIVOS

En resguardo de los principios, derechos y garantías constitucionales, las decisiones que adopta la administración se encuentran sujetas -como recaudo de validez- a la observancia de los requisitos esenciales previstos en los artículos 7° y 8° de la ley 19.549; de este modo, y en lo que aquí concierne, el acto administrativo debe contar con una causa: entendida como los antecedentes de hecho y de derecho que sustentan la decisión (artículo 7°, inciso b), y con su respectiva motivación, esto es, la explicitación de las razones que justifican la emisión del acto (artículo 7°, inciso e) (Voto del juez Rosatti).

ACTOS ADMINISTRATIVOS

Los requisitos de causa y motivación del acto administrativo -sin perjuicio de los restantes- se apoyan en la máxima republicana que sostiene a nuestro sistema de gobierno, constituyen una interdicción a la eventual arbitrariedad administrativa y, además, representan una garantía para que el particular pueda ejercer en forma plena la defensa de sus derechos e intereses (Voto del juez Rosatti).

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que modificó la causal de expulsión del migrante invocada en su disposición por la Dirección Nacional de Migraciones, pues con ello el tribunal a quo se apartó del diseño constitucional y legal, en tanto al modificar en su sede la "causa" y la "motivación" del acto administrativo impugnado, la sala desvirtuó el sistema de la ley 25.871 y asumió una competencia de la que carece, afectando el debido proceso legal y colocando al recurrente en estado de indefensión (Voto del juez Rosatti).

DEFENSA EN JUICIO

En nuestro orden constitucional la garantía de defensa supone otorgar a los interesados la oportunidad de ser oídos y brindar la ocasión de hacer valer sus defensas en el tiempo, lugar y forma prevista en la ley (artículo 18, Constitución Nacional); al tiempo que un procedimiento justo, conducido de buena fe, implica que el litigante conozca de antemano las reglas claras de juego a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica

y evitar adoptar decisiones que, de modo intempestivo, lo coloquen en estado de indefensión (Voto del juez Rosatti).

MIGRACIONES

Toda vez que el supuesto del artículo 62, inciso b, de la ley 25.871 -registrar conducta reiterante- no fue la razón de hecho y de derecho por la que se dispuso la expulsión del por parte de la Dirección Nacional de Migraciones extranjero, no resulta válido que la cámara haya introducido esa causal en la sentencia, pues -con exceso del control que estaba llamada a realizar- sustituyó la causa y la motivación del acto, sin la debida oportunidad de debate en sede administrativa y judicial por parte del migrante (Voto del juez Rosatti).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Roa Restrepo, Henry c/ EN – M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM".

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la decisión de primera instancia que había admitido el recurso judicial directo y declarado la nulidad de las disposiciones de la Dirección Nacional de Migraciones SDX 16082/16 y SDX 125916/17.

Para así decidir consideró que, de conformidad con la doctrina de Fallos: 341:500 ("Apaza León"), no resultaba aplicable la causal impediente de permanencia en el país contemplada en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, invocada en el acto de expulsión, toda vez que el actor había sido condenado a la pena de dos (2) años de prisión en suspenso por ser considerado autor del delito de robo doblemente agravado por ser en poblado y en banda y con efracción, en concurso real con el delito de robo agravado por ser en poblado y en banda, en grado de tentativa.

Sin embargo, interpretó que si bien la conducta del migrante no podía encuadrarse dentro del citado precepto, como lo había entendido la Dirección Nacional de Migraciones, resultaba aplicable en el caso el supuesto contemplado en el artículo 29, inciso j, de la Ley de Migraciones dado que la reiteración en la comisión de delitos se encontraba prevista en el artículo 62, inciso b, de la misma norma como impedimento para la radicación permanente de extranjeros.

En consecuencia, concluyó en que el acto impugnado resultaba legítimo.

2°) Que contra esa decisión el actor interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido a fs. 166.

En sustancial síntesis, alegó que el tribunal *a quo* encuadró el caso en una norma diferente de aquella que aplicó la Dirección Nacional de Migraciones, en vulneración de la prohibición de *reformatio in pejus*. Asimismo se quejó porque la decisión recurrida no respetó el principio de reunificación familiar, el interés superior del niño y omitió el test de razonabilidad.

3°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que en autos se discute la validez de un acto de autoridad nacional con fundamento en la interpretación y aplicación de normas de carácter federal y la decisión ha sido contraria a las pretensiones que el recurrente fundó en ellas (Fallos: 314:1234). Por lo demás, los agravios deducidos con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, al estar referidos a la cuestión federal indicada, quedan comprendidos en ella y, por ende, serán tratados en forma conjunta (doctrina de Fallos: 323:1625, entre otros).

4°) Que, en primer término, corresponde aclarar que no se encuentra cuestionado en esta instancia lo resuelto por el *a quo* en cuanto a que, de conformidad con lo establecido en la doctrina de Fallos: 341:500, la situación del actor no puede encuadrarse en la causal impediente de permanencia en el país contemplada en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871.

5°) Que, en consecuencia, corresponde examinar si la sentencia apelada constituyó un legítimo control de la legalidad y razonabilidad

de la decisión administrativa impugnada o si, por el contrario, importó una indebida intromisión del Poder Judicial sobre facultades propias de la Dirección Nacional de Migraciones.

6°) Que a tales efectos, cabe analizar el alcance de las facultades que la ley 25.871 otorga a la Dirección Nacional de Migraciones para disponer la expulsión del migrante.

En tal sentido, en el artículo 29, incluido en el capítulo II "De los Impedimentos", se enumeran las distintas causas que obstan el ingreso y la permanencia de extranjeros al territorio nacional.

Por otra parte, en el último párrafo del mencionado artículo 29 se dispone que "La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo".

A partir de las premisas expuestas en el precepto trascripto la Dirección Nacional de Migraciones, órgano legalmente facultado a tales efectos, determina si la situación del migrante configura uno de los supuestos que, según el artículo 29 de la ley 25.871, impiden la permanencia en el territorio nacional, y valora si su condición particular justifica el otorgamiento de alguna dispensa, ponderando los distintos intereses en juego.

7°) Que en uso de sus facultades legales la Dirección Nacional de Migraciones, mediante la disposición SDX 16082, del 2 de febrero de 2016, declaró irregular la permanencia en el país de Henry Roa Restrepo, de nacionalidad colombiana, conforme lo establecido en el artículo 29, inciso c, ordenó su expulsión del territorio nacional y prohibió su reingreso al país por el término de ocho (8) años.

Al fundar dicho acto, la demandada exclusivamente tomó en consideración la condena penal que pesaba sobre el migrante, sin efectuar referencia alguna acerca de la conducta reiterante en la comisión de delitos. Tampoco mencionó el inciso j del artículo 29 de la ley 25.871 o el artículo 62, inciso b, de la ley 25.871, invocados por el *a quo* en su sentencia.

8°) Que si bien esta Corte ha reconocido que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión -competencia, forma, causa, finalidad y motivación- y, por el otro, el examen de su razonabilidad (Fallos: 315:1361, entre varios), ello no implica que el juez reemplace a la Administración, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, mas no sustitutiva (Fallos: 331:1369).

9°) Que, en consecuencia, la causal impediente para la permanencia en el país que justificó la orden de expulsión expresada por la Dirección Nacional de Migraciones no pudo ser reemplazada en sede judicial por una distinta, que ni siquiera fue considerada por la autoridad administrativa. Ello porque la determinación de las razones que obstan a la permanencia de un migrante en el país corresponde, según la ley 25.871, a la autoridad migratoria. En consecuencia, la legalidad de esa decisión solo debe juzgarse en base a los motivos que expresa, y no de otros.

En efecto, la concurrencia de la causal impediente hace a la motivación del acto y debe estar expuesta en él (artículo 7°, incisos b y e, de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos) y no puede ser modificada posteriormente por los jueces cuando su validez es cuestionada.

De lo contrario, si la apreciación de la causa del acto de expulsión pudiera ser reemplazada o sustituida por los magistrados, pasaría a ser materia de un debate judicial sobre aspectos no delimitados previamente, en lugar de constituir el antecedente necesario de la eficacia jurídica del acto, desnaturalizando así la misión del Poder Judicial (conf. arg. Fallos: 314:1091, disidencia del juez Belluscio).

10) Que, en consecuencia, al no haber sido el supuesto del artículo 62, inciso b, de la ley 25.871 (registrar conducta reiterante) la razón de hecho y de derecho por la que se dispuso la expulsión, no resulta válido que la cámara haya introducido esa causal, no solo porque excedió el control de legalidad y razonabilidad, sino también porque la decisión adoptada implicó sustituir los motivos del acto administrativo sin la debida oportunidad de debate en sede administrativa y judicial por parte del migrante.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia recurrida. 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 resuelto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz (según su voto)– Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti (según su voto).

Voto del Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz

Considerando que:

1°) Mediante la disposición SDX 16082/16 —confirmada por la disposición SDX 125916/17— la Dirección Nacional de Migraciones declaró irregular la permanencia en el país del ciudadano colombiano Henry Roa Restrepo, ordenó su expulsión y prohibió su reingreso por el término de 8 años. Fundó tal decisión en que la condena a la pena de dos (2) años de prisión en suspenso por ser considerado autor del delito de robo doblemente agravado por ser en poblado y en banda y con efracción, en concurso real con el delito de robo agravado por ser en poblado y en banda, en grado de tentativa, encuadraba en la causal de expulsión prevista en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871.

2°) En el marco del recurso judicial planteado por el migrante, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 8 declaró la nulidad de las disposiciones mencionadas precedentemente, por considerar que la condena penal tenida en cuenta por la autoridad migratoria era inferior al mínimo de 3 años previsto en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871. Asimismo, consideró aplicable al caso el principio de reunificación familiar previsto en el artículo 29 *in fine* de la ley citada.

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó esa sentencia. Consideró que, de conformidad con la doctrina de Fallos: 341:500 (“Apaza León”), no resulta-

ba aplicable la causal impediente de permanencia en el país contemplada en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, invocada en el acto de expulsión, toda vez que la condena penal del actor era inferior al mínimo de tres años fijado en dicha norma. Sin embargo, interpretó que resultaba aplicable en el caso la causal impediente contemplada en el artículo 29, inciso j, de la 25.871 dado que la reiteración en la comisión de delitos se encontraba prevista en el artículo 62, inciso b, de dicha ley, como impedimento para la radicación permanente de extranjeros. En consecuencia, por razones diferentes a las consideradas en sede administrativa por la Dirección Nacional de Migraciones, concluyó en que el acto impugnado resultaba legítimo.

A mayor abundamiento, y en relación al derecho de reunificación familiar que la sentencia de primera instancia había considerado aplicable al caso, consideró que se desconocía la facultad de toda nación soberana "*de prohibir la entrada de extranjeros a su territorio o de admitirlos en los casos y bajo las condiciones que ella juzgue libremente prescribir*".

3°) El actor cuestionó esta sentencia mediante recurso extraordinario federal.

En sustancial síntesis, alegó que al considerar aplicable la causal de expulsión prevista en el artículo 29, inciso j, de la ley 25.871, el tribunal *a quo* encuadró el caso en una causal diferente de aquella que aplicó la Dirección Nacional de Migraciones, en vulneración de la prohibición de *reformatio in pejus*. De ese modo, consideró afectados su derecho de defensa en juicio y los principios de congruencia y cosa juzgada.

Asimismo se quejó porque la decisión recurrida no respetó el principio de reunificación familiar, el interés superior del niño y omitió aplicar el test de razonabilidad.

4°) La cámara concedió el recurso extraordinario en lo que se refiere a la interpretación de los artículos 29, incisos c y j, y 62, inciso b, de la ley 25.871, y lo denegó respecto de los agravios planteados acerca de la inteligencia del artículo 29 *in fine* de la ley citada —principio de reunificación familiar— (conf. fs. 166). En cuanto al primer planteo, consideró que existía una cuestión federal pues se encuentra en discusión la interpretación y alcance de normas federales. En cambio,

respecto del segundo planteo, argumentó que los agravios remitían al examen de cuestiones fácticas y probatorias, ajenas a la instancia extraordinaria.

El actor no planteó queja contra la denegación parcial de su recurso.

5°) Tal como se ha reseñado en el considerando 3° de la presente, el recurrente ha fundado sus impugnaciones tanto en la existencia de cuestión federal como en causales encuadrables en la doctrina sobre la arbitrariedad de sentencias. Por ese motivo, sin perjuicio de la naturaleza federal de algunas cuestiones planteadas, corresponde que la Corte trate en primer lugar los agravios que atañen a la arbitrariedad, dado que de existir esta no habría en rigor, sentencia propiamente dicha (Fallos: 341:1106; 340:1252; 339:508 y 1520, entre otros).

En tal sentido, frente a la ambigüedad del auto de concesión —que se limitó a conceder parcialmente el recurso en lo que hace a la interpretación de los artículos 29, incisos c y j, y 62, inciso b, de la ley 25.871, por considerar que se hallaba en juego la interpretación de una norma federal—, la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio justifica considerar los agravios relativos a la arbitrariedad de la sentencia pues las deficiencias de la resolución mencionada no pueden tener por efecto restringir el derecho de la parte recurrente (Fallos: 327:4227; 328:1390; 329:4044; 330:289, entre otros).

6°) Si bien la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y el alcance de las peticiones de las partes es un tema, como regla, ajeno a esta instancia, ello admite excepción en casos en los que media manifiesto apartamiento de la relación procesal, por haberse emitido pronunciamiento sobre cuestiones no articuladas por las partes y que el juzgador no pudo considerar de oficio sin desmedro de garantías constitucionales (conf. Fallos: 341:531 y sus citas, entre varios otros).

7°) Según resulta de las actuaciones, la Dirección Nacional de Migraciones declaró irregular la permanencia en el país del actor —ciudadano colombiano—, ordenó su expulsión y le prohibió el reingreso por el término de 8 años (conf. disposición SDX 16082/2016, confirmada por la disposición 125916/2017, fojas 81/84 y 151/154, respectivamente, de las actuaciones administrativas que corren por cuerda). Tal decisión fue adoptada con fundamento en el artículo 29, inciso c, de la ley

25.871, según el cual "(s)*erán causas impedientes del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional*... c) (h)*aber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más*". La autoridad migratoria consideró que la situación del actor se subsumía en dicha norma porque había sido condenado a la pena de dos años de prisión en suspenso por la comisión del delito de robo agravado en concurso real con otro delito de similar calificación pero en grado de tentativa.

El juzgado de primera instancia admitió la impugnación judicial del migrante por dos argumentos: a) la referida condena era inferior al mínimo de 3 años previsto en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871; y b) resultaba aplicable al caso el principio de reunificación familiar. Según se ha visto en el considerando 1°, la cámara consideró acertado el primero de los argumentos de la sentencia de primera instancia en virtud de lo resuelto por esta Corte en el precedente "Apaza León". Sin embargo, la cámara estimó que el actor registraba una conducta reiterante en la comisión de delitos por lo cual quedaba alcanzado por el impedimento previsto en los artículos 29, inciso j, y 62, inciso b, de la ley 25.871.

Ahora bien, ni en sede administrativa ni en sede judicial la Dirección Nacional de Migraciones había alegado que en el caso concurría el supuesto de reiteración de delitos previsto en el artículo 62, inciso b, de la ley 25.871 como causal de cancelación de la residencia otorgada a un migrante, que tornara aplicable el artículo 29, inciso j, de ese ordenamiento. Esta última norma prevé como causal de expulsión la constatación por parte de la autoridad migratoria de la existencia de alguno de los impedimentos para la radicación en el país.

8°) Por lo tanto, la sentencia objeto de recurso extraordinario incurrió en un supuesto de arbitrariedad sorpresiva pues se expidió sobre una causal de expulsión diferente a la considerada por la Dirección Nacional de Migraciones. De ese modo, se consumó un inequívoco apartamiento de los términos en que había quedado trabada la litis y una violación de las reglas procesales que rigen la jurisdicción revisora de los tribunales de alzada (artículos 34, inciso 4, 166, inciso 6, 271 y 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Y lo cierto es

que tal solución no se ve amparada por el principio de *iura novit curia*, pues este no habilita a apartarse de lo que resulte de los términos de la demanda o de las defensas planteadas por los demandados (conf. Fallos: 306:1271; 312:2504; 315:103; 317:177, entre otros).

9°) En tales condiciones, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas por el recurrente guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (artículo 15, ley 48), por lo que corresponde descalificar el pronunciamiento apelado con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

10) Si bien lo expuesto hasta aquí determinaría la revocación de la sentencia recurrida y el reenvío de la causa para el dictado de un nuevo pronunciamiento, corresponde ejercer la atribución del artículo 16 de la ley 48 y expedirse sobre el fondo del asunto pues esta Corte ya ha sentado criterio en la materia debatida, que fue aplicado en reiteradas ocasiones (en el mismo sentido, Fallos: 341:531).

En efecto, las cuestiones planteadas por la Dirección Nacional de Migraciones al apelar la sentencia de primera instancia acerca de la interpretación de la causal de expulsión prevista en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871 encuentran adecuada respuesta en el precedente "Apaza León", a cuyos términos cabe remitir a fin de evitar reiteraciones innecesarias. Ello es así pues se encuentra fuera de discusión que la condena penal impuesta al actor en la que se fundó el acto de expulsión no encuadra en alguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inciso —tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas—, ni alcanza el mínimo de tres años de pena privativa de la libertad allí fijado.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se confirma la decisión de primera instancia que declaró la nulidad de las disposiciones SDX 16082/16 y SDX 125916/17 (artículo 16 de la ley 48). Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que la Dirección Nacional de Migraciones declaró irregular la permanencia en el país del ciudadano colombiano Henry Roa Restrepo, ordenó su expulsión y prohibió su reingreso por el término de 8 años (disposición SDX 16082/16, confirmada por disposición 125916/17, fs. 81/84 y 151/154 del expediente administrativo 2573272012).

La decisión se adoptó con fundamento en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, que impide la permanencia de extranjeros en el territorio nacional a quien ha "*sido condenado o* [está] *cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o* [tiene] *antecedentes* [...] [por] *delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más*" (artículo 29, inciso c).

La autoridad migratoria consideró que la situación del actor encuadraba en esa causal de expulsión, porque fue condenado a la pena de 2 años de prisión de ejecución en suspenso, por la comisión del "... *delito de robo doblemente agravado por ser en poblado y en banda y con efracción en concurso real con el delito de robo agravado por ser en poblado y en banda en grado de tentativa*" (fs. 81 y 151/152 de las actuaciones administrativas).

2°) Que el migrante cuestionó su expulsión en sede judicial y el tribunal de primera instancia admitió su planteo, pues su condena a 2 años de prisión en suspenso resultaba inferior al mínimo de 3 años que se exige en el artículo 29, inciso c, de la ley 25.871 (fs. 2/14 vta. y 111/115 vta.).

Apelada la sentencia, la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó dicho pronunciamiento. Sobre el particular, entendió que si bien no resultaba aplicable el artículo 29, inciso c, invocado por la Dirección Nacional de Migraciones, la situación del actor -de todas formas- "...*sí encuadra*[-ba] *en la situación contemplada en el inc. j)*, [del artículo 29] *ya que la reiteración en la comisión de delitos se encuentra prevista en el art. 62 inc. b), como impedimento para la radicación permanente de extranjeros*..." (fs. 116/126 vta. y 144/146, en especial fs. 144 vta.).

3°) Que contra esa decisión, la parte actora dedujo recurso extraordinario federal -no contestado por la autoridad migratoria- que fue concedido por la cámara (fs. 148/163 vta., 164 y 166).

En síntesis, el actor argumentó que la sala interviniente encuadró el caso en una norma diferente de aquella que aplicó la Dirección Nacional de Migraciones, en vulneración de su garantía de defensa. Asimismo, se quejó porque la decisión recurrida no respetó el derecho de reunificación familiar, el interés superior del niño y omitió realizar el test de razonabilidad.

4°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que se discute la validez de un acto de autoridad nacional con fundamento en la interpretación y aplicación de normas de carácter federal y la decisión ha sido contraria a las pretensiones que el recurrente fundó en ellas (artículo 14, inciso 2°, ley 48). Por lo demás, los agravios deducidos con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, al estar referidos a la cuestión federal indicada, quedan comprendidos en ella y, por ende, serán tratados en forma conjunta (doctrina de Fallos: 323:1625, entre otros).

5°) Que el tema sobre el que está llamada a pronunciarse esta Corte, consiste en establecer si la cámara lesionó el debido proceso y la garantía de defensa del migrante, al modificar -en ocasión de dictar sentencia- la causal de expulsión sobre cuya base se instruyó el procedimiento administrativo, se expidió la autoridad migratoria y quedaron delimitadas las posiciones de las partes en el proceso judicial.

Así, conviene dejar aclarado dos extremos, a saber: *i)* no es objeto de decisión en esta instancia establecer si, sustancialmente, resulta correcto -o no- aplicar a la situación del actor la causal prevista en los artículos 29, inciso j, y 62, inciso b, de la Ley de Migraciones; más aún, una decisión de esa naturaleza -primariamente y dentro del diseño de la ley 25.871- constituye el ejercicio de una función administrativa atribuida a la Dirección Nacional de Migraciones, fiscalizable por los jueces en la medida que exista un planteo en un caso concreto; y *ii)* las partes consintieron que la situación del actor fue ilegítimamente subsumida por la Dirección Nacional de Migraciones en el citado artículo 29, inciso c, de la ley 25.871, ello de acuerdo con la doctrina de este Tribunal en Fallos: 341:500 (“Apaza León”).

6°) Que a la luz de nuestra arquitectura constitucional, el procedimiento administrativo no solo constituye el ámbito a través del cual se debe procurar -con justicia- la satisfacción del interés público; en paralelo, es también una instancia para la defensa de los derechos e intereses de los particulares, sujeta -inexcusablemente- a los principios de legalidad, debido proceso adjetivo y sustantivo -o razonabilidad- (artículos 18, 19 y 28, Constitución Nacional y artículo 1°, ley 19.549; arg. doctrina de Fallos: 324:3593).

7°) Que en resguardo de los principios, derechos y garantías constitucionales, las decisiones que adopta la administración se encuentran sujetas -como recaudo de validez- a la observancia de los requisitos esenciales previstos en los artículos 7° y 8° de la ley 19.549. De este modo, y en lo que aquí concierne, el acto administrativo debe contar con una "causa": entendida como los antecedentes de hecho y de derecho que sustentan la decisión (artículo 7°, inciso b), y con su respectiva "motivación", esto es, la explicitación de las razones que justifican la emisión del acto (artículo 7°, inciso e).

Ambos requisitos -sin perjuicio de los restantes, claro está- se apoyan en la máxima republicana que sostiene a nuestro sistema de gobierno, constituyen una interdicción a la eventual arbitrariedad administrativa y, además, representan una garantía para que el particular pueda ejercer -en forma plena- la defensa de sus derechos e intereses. En otras palabras, la solución legislativa -al exigir una administración que justifique y funde racionalmente sus decisiones- no está haciendo otra cosa que cumplir con el equilibrio que exige la Constitución Nacional entre la tutela de los derechos por ella reconocidos y la acción administrativa, subordinada a la juridicidad, debido proceso adjetivo y sustantivo (artículos 1°, 14, 18, 19, 28, 31, 33 y cctes. Constitución Nacional).

8°) Que sobre la base de dichas premisas, el tribunal *a quo* se apartó del diseño constitucional y legal antes reseñado incurriendo en arbitrariedad; en efecto, al modificar en su sede la "causa" y la "motivación" del acto administrativo impugnado, la sala desvirtuó el sistema de la ley 25.871 y asumió una competencia de la que carece, afectando el debido proceso legal y colocando al recurrente en estado de indefensión.

Tal como quedó establecido, la autoridad migratoria -en el marco del procedimiento administrativo que culminó con la expulsión del extranjero del territorio nacional- entendió que su situación encuadraba

en el inciso c del artículo 29 de la Ley de Migraciones. De este modo, la "causa" (antecedentes de hecho y de derecho) y la subsecuente "motivación" del acto en ningún momento consideraron el asunto en función de lo dispuesto en los artículos 29, inciso j, y 62, inciso b, de la ley 25.871; tampoco ello fue objeto de discusión entre las partes durante el proceso judicial, ni siquiera fue insinuado por alguna de ellas al llevar el caso a conocimiento de la sala (fs. 81/84, 97/116 y 151/154 de las actuaciones administrativas; fs. 2/14 vta., 18/69, 111/115 vta., 116/126 vta. y fs. 128/136).

9°) Que al ser ello así, la nueva causal de expulsión introducida por la cámara -en forma sorpresiva y en ocasión de dictar sentencia- importó una modificación improcedente de la decisión administrativa que pasó por alto que la revisión judicial debe ser llevada a cabo con estricto apego al debido proceso y a la garantía de defensa.

De esta forma, en el fallo recurrido se desconoció que -en nuestro orden constitucional- la garantía de defensa supone otorgar a los interesados la oportunidad de ser oídos y brindar la ocasión de hacer valer sus defensas en el tiempo, lugar y forma prevista en la ley (artículo 18, Constitución Nacional; doctrina de Fallos: 290:293, entre muchos otros); al tiempo que un procedimiento justo, conducido de buena fe, implica que el litigante conozca de antemano las "reglas claras de juego" a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica y evitar adoptar decisiones que, de modo intempestivo, lo coloquen en estado de indefensión (Fallos: 311:2082).

10) Que, en resumidas cuentas, al no haber sido el supuesto del artículo 62, inciso b, de la ley 25.871 -registrar conducta reiterante- la razón de hecho y de derecho por la que se dispuso la expulsión del extranjero, no resulta válido que la cámara haya introducido esa causal, pues -con exceso del control que estaba llamada a realizar- sustituyó la causa y la motivación del acto, sin la debida oportunidad de debate en sede administrativa y judicial por parte del migrante.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada. Con costas (artículo 68, 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 a lo resuelto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Horacio Rosatti.

Recurso extraordinario interpuesto por **Henry Roa Restrepo, actor en autos**, representado por el **Dr. César Augusto Balaguer, cotitular de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación.**

Tribunal de origen: **Sala I 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° 8.**

ROMERO, GISELA DENISA c/ FORMATOS EFICIENTES S.A. y Otros s/ Despido

RECURSO EXTRAORDINARIO

El agravio atinente a la ausencia de condena a una de las codemandadas- en la una acción por despido-, suscita cuestión federal suficiente que habilita su consideración por la vía elegida, pues si bien remite al examen de cuestiones fácticas y de derecho común, ello no es óbice para la apertura del recurso cuando lo resuelto se basa en afirmaciones dogmáticas que omiten dar respuesta a planteos conducentes para la correcta solución del litigio.

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario por no cumplir con el requisito de fundamentación autónoma-

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que rechazó la pretensión de responsabilizar a la codemandada- en una acción por despido- mediante la dogmática afirmación de que la actora se limitaba a invocar una doctrina plenaria, sin dar respuesta a la precisa argumentación volcada por la demandante en su recurso de apelación mediante la cual, con base en el contenido mismo de esa doctrina, procuró poner de manifiesto que la extinción del contrato de trabajo con su empleadora era irrelevante para la procedencia de la condena solidaria de la codemandada restante, ello por cuanto, en el fallo plenario invocado se estableció que el adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el art. 228 de la Ley de Contrato de Trabajo es responsable por las obligaciones del transmitente derivadas de relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la trasmisión.

-El juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró inadmisible el recurso extraordinario por no cumplir con el requisito de fundamentación autónoma-

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 6 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Romero, Gisela Denisa c/ Formatos Eficientes S.A. y otros s/ despido".

Considerando:

1°) Que la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 586/591), al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó -en lo que interesa- el reclamo fundado en el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, el pedido de extender solidariamente la condena en concepto de salarios e indemnizaciones por despido a la codemandada "INC S.A.", empresa continuadora de "Formatos Eficientes S.A." (empleadora de la trabajadora reclamante), y la pretensión de capitalización de intereses. Contra tal decisión, la parte actora dedujo el recurso extraordinario (fs. 592/604) que fue concedido a fs. 611.

2°) Que, como apoyo de su decisión, la cámara: a) respecto del art. 132 bis, consideró insuficientemente fundado el recurso de apelación, con cita del art. 116 de la ley 18.345; b) en relación con la pretensión de responsabilizar solidariamente a la codemandada "INC S.A.", afirmó que la actora se había limitado a invocar una doctrina plenaria y otorgó relevancia decisiva al fundamento de la sentencia anterior según el cual, al momento de intimar a aquella empresa, ya había disuelto su contrato con "Formatos Eficientes S.A." (fs. 590); y c) respecto de los intereses, se basó en el criterio sostenido por la cámara en pleno en sucesivas decisiones (fs. 589/590).

3°) Que, en cuanto a las impugnaciones sobre el rechazo del reclamo fundado en el art. 132 bis de la LCT y en cuanto a lo decidido respecto de la tasa de interés, el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

4º) Que, en cambio, el agravio atinente a la ausencia de condena a una de las codemandadas, suscita cuestión federal suficiente que habilita su consideración por la vía elegida. Ello es así pues, si bien remite al examen de cuestiones fácticas y de derecho común, ello no es óbice para la apertura del recurso cuando, como ocurre en el caso, lo resuelto se basa en afirmaciones dogmáticas que omiten dar respuesta a planteos conducentes para la correcta solución del litigio (doctrina de Fallos: 311:1655; 334:858; 335:2019; 339:1489; 341:1443, entre otros).

5°) Que, en efecto, el *a quo* confirmó el rechazo de la pretensión de responsabilizar a la codemandada "INC S.A." mediante la dogmática afirmación de que la actora se limitaba a invocar una doctrina plenaria, sin dar respuesta a la precisa argumentación volcada por la demandante en su recurso de apelación mediante la cual, con base en el contenido mismo de esa doctrina, procuró poner de manifiesto que la extinción del contrato de trabajo con su empleadora "Formatos Eficientes S.A." era irrelevante para la procedencia de la condena solidaria de la codemandada restante. Ello por cuanto, en el fallo plenario al que se alude, "Baglieri, Osvaldo c/ Francisco Nemec y Cía. SRL s/ despido" (CNAT n° 289 del 12 de diciembre de 1995) se estableció que "el adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el art. 228 de la Ley de Contrato de Trabajo es responsable por las obligaciones del transmitente derivadas de relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la trasmisión".

En tales condiciones, la decisión recurrida no constituye un acto judicial válido por lo cual, con arreglo a la conocida doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad de sentencias, corresponde dejarla sin efecto, sin que ello importe abrir juicio sobre el resultado definitivo del pleito.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado; 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 expuesto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia)– Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que el recurso extraordinario no cumple con el requisito de fundamentación autónoma.

Por ello, se lo declara mal concedido. Con costas (art. 68, primera parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso extraordinario interpuesto por **la parte actora, Gisela Denisa Romero**, representada por el **Dr. Antonio Jorge Barrera Nicholson.**

Traslado contestado por la **codemandada INC S.A.**, representada por la **Dra. Milva Anabel Ferrigno.**

Tribunal de origen: **Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 35.**

COCA COLA FEMSA DE BUENOS AIRES S.A. C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE S/ ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA

MEDIDA CAUTELAR

Corresponde rechazar la medida cautelar tendiente a que se ordene a ARBA abstenerse de reclamar y/o ejecutar una alícuota diferencial del impuesto sobre los ingresos brutos por aquellos ingresos provenientes de la jurisdicción demandada, cuando parte de la actividad es desarrollada en un establecimiento industrial fuera de esa jurisdicción, pues en el limitado marco de conocimiento que ofrece el examen de una medida como la requerida, no permiten tener por configurado el peligro irreparable en la demora, en tanto la accionada no ha iniciado, por el momento, procedimiento de verificación alguno tendiente a determinar la existencia de una deuda por el impuesto en cuestión con sustento

en el lugar de radicación del establecimiento productivo de la sociedad actora, por los ejercicios fiscales involucrados en la causa.

MEDIDA CAUTELAR

Las medidas cautelares - de no innovar a los efectos de que se ordene ARBA abstenerse de reclamar y/o ejecutar la diferencia del impuesto sobre los ingresos brutos - no proceden, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos, habida cuenta de la presunción de validez que ostentan.

MEDIDA CAUTELAR

Todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria debe acreditar prima facie la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifiquen resoluciones de esa naturaleza.

PELIGRO EN LA DEMORA

El examen de la concurrencia del peligro en la demora para el dictado de una medida cautelar exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, por la sentencia definitiva; debiendo 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..

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

A mi modo de ver, la cuestión aquí planteada resulta sustancialmente análoga a la que fue objeto de tratamiento por el Tribunal en las causas: 0.459, L. XLI *"Orbis Mertig San Luis S.A.I.C. c/ Buenos*

Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 19 de septiembre de 2006, Fallos: 329:3890; E. 230, L. XLVII *"ENOD S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad"*, sentencia del 22 de agosto de 2012; A. 47 , L. XLVIII, *"Aluar Aluminio Argentino S.A.I.C. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad"*, sentencia del 28 de agosto de 2012; B. 505, L. XLVIII, *"Bayer S.A. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de certeza"*, sentencia del 24 de septiembre de 2013; CSJ 2872/2015, *"Industrias Viauro S.A. c/Córdoba, provincia de s/ acción declarativa (art. 322 del CPCCN)"* y CSJ 2902/2015, *"Telecom Personal S.A. c/ Chaco Provincia del s/ acción declarativa (art. 322 CPCCN)"* , sentencias del 3 de mayo de 2016 y, más recientemente, en CSJ 1580/2016 *"Helacor S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza e inconstitucionalidad"*, sentencia del 9 de mayo de 2017, y sus respectivas citas.

En virtud de los fundamentos allí brindados, a los que remito en razón de brevedad en cuanto fueren aplicables al *sub judice*, opino que la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte, al ser parte una provincia en una causa de manifiesto contenido federal. Buenos Aires, 4 de agosto de 2017. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de mayo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 77/111 vta. Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A. promueve la presente acción declarativa de certeza en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre que conlleva la aplicación de una diferencia de alícuota más gravosa en la determinación del impuesto sobre los ingresos brutos (en adelante, ISIB), por aquellos ingresos provenientes de la jurisdicción demandada, cuando parte de la actividad es desarrollada en un establecimiento industrial fuera de esa jurisdicción, en los términos del art. 20, inc. c), de la ley provincial 14.880 (t.o. 2017) y del art. 21, inc. c), de las leyes provinciales 14.653 (t.o. 2015) y 14.808 (t.o. 2016).

Indica que realiza la actividad de "Elaboración de bebidas gaseosas, excepto soda" y que con relación a esta se encuentra obligada a tributar el ISIB por la porción de la actividad llevada a cabo en extraña jurisdicción, de acuerdo a la alícuota diferencial más gravosa prevista en las normas impugnadas.

Sostiene que tal diferencia resulta violatoria de los arts. 8, 9, 10, 11, 16, 28, 31, 75, incs. 1, 10 y 13, y 126 de la Constitución Nacional y, por ello, solicita que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 20, inc. c), y 26, in fine, de la ley 14.880 (t.o. 2017) y de los arts. 21, inc. c), de las leyes 14.653 (t.o. 2015) y 14.808 (t.o. 2016). A su vez, peticiona que se le permita continuar aplicando la alícuota prevista en el primer párrafo del art. 26 de la ley 14.880 (t.o. 2017), la que también se hallaba contemplada en la leyes impositivas de los años 2015 y 2016.

Destaca que con fecha 16 de diciembre de 2015 presentó una nota informando a ARBA que en lo sucesivo comenzaría a tributar el ISIB por los ingresos generados como consecuencia de la venta de productos en la Provincia de Buenos Aires provenientes de la actividad que desarrolla en sus plantas ubicadas fuera de dicha jurisdicción, tomando en consideración la alícuota de 1,75% -en lugar de la alícuota del 4%-, prevista para aquellas actividades que se llevan a cabo en establecimientos industriales ubicados dentro de la provincia accionada, de conformidad con lo normado por el art. 27, primer párrafo, de la ley 14.653, vigente durante el período fiscal 2015.

Frente a dicha presentación, señala que el 23 de febrero de 2017 la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires le informó que su pedido había sido rechazado mediante "Memorando N° 26/2015" y, a su vez, le hizo saber que debía tributar la alícuota más gravosa prevista en la normativa vigente para la parte de la actividad que lleva a cabo fuera de la Provincia de Buenos Aires, que en su calidad de organismo de aplicación solo podía ejecutar la norma sin cuestionar su validez constitucional y que los efectos de las sentencias son inter partes.

Entiende que el peligro de sufrir un perjuicio es actual y concreto, y que resulta evidente la postura de ARBA, en torno a la liquidación e ingreso del ISIB, al establecer las normas locales cuestionadas alícuotas más gravosas que las previstas para los contribuyentes que desarrollen su actividad en un establecimiento industrial en la provincia demandada.

Señala que son las propias leyes impositivas mencionadas las que determinan de modo expreso un trato diferenciado entre contribuyentes que llevan a cabo la misma actividad, por el solo hecho de poseer o no establecimiento o local industrial en el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

Indica que ingresó el ISIB correspondiente a los anticipos que van desde el 11/2015 al último presentado a la fecha de la interposición de la demanda, aplicando la alícuota de 1,75%, prevista en el art. 26 de la ley tributaria 14.880 y en sus pares que regían en los períodos fiscales 2015 y 2016. Sobre este aspecto, resalta que ARBA se encuentra autorizada a intimar de manera inmediata frente al supuesto en que el contribuyente aplique una alícuota que no se corresponda con lo normado por la ley impositiva.

Concluye que no existe otro medio judicial más idóneo a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre que le genera el tratamiento impositivo diferencial descripto en función de la actividad que desarrolla en la Provincia de Buenos Aires y que la normativa provincial reseñada resulta manifiestamente inconstitucional y, por lo tanto, le causa un perjuicio actual e inminente.

En razón de lo expuesto, peticiona al Tribunal que determine que no es ajustado a derecho y a la Constitución Nacional que se obligue a la sociedad actora a tributar el ISIB bajo una alícuota más gravosa por aquella parte de su producción que es desarrollada en un establecimiento industrial fuera de la provincia demandada.

Finalmente, solicita el dictado de una medida cautelar de no innovar a los efectos de que se ordene a la demandada abstenerse de: i) reclamar y/o ejecutar la diferencia del impuesto resultante de aplicar alícuotas diferenciales más gravosas desde la posición fiscal 11/2015; ii) de reclamar y/o ejecutar intereses, accesorios, recargos y multas; iii) de trabar cualquier medida cautelar o administrativa sobre su patrimonio; iv) de considerar y catalogar a la sociedad actora como contribuyente de alto riesgo fiscal, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en la presente causa.

Asimismo, requiere que cautelarmente se le permita tributar a la alícuota prevista para quienes poseen establecimiento en la Provincia de Buenos Aires, respecto de la actividad que lleva a cabo en indus-

trias situadas fuera de tal jurisdicción y, para el caso de que se hiciera lugar a la medida precautoria, peticiona que con su dictado se evite que el impuesto en cuestión continúe ingresando al fisco local como consecuencia de la actuación de los agentes de recaudación.

2°) Que, en forma previa a que el Tribunal se pronuncie acerca de su competencia para entender en el caso por vía de su instancia originaria y en relación con la medida cautelar solicitada, a fs. 117, se requirió a la parte actora que se expidiera acerca de la incidencia de las leyes 14.983 y 15.017 de la Provincia de Buenos Aires en el planteo efectuado en este proceso.

A fs. 118/120 vta., la demandante respondió que, si bien la provincia accionada se adhirió al Consenso Fiscal suscripto el 16 de noviembre de 2017 (conf. ley provincial 15.017) y, en consecuencia, modificó a partir de 2018 el tratamiento diferencial que motivó la presente demanda (conf. ley provincial 14.983), esta refiere a posiciones previas a ese año, motivo por el cual la cuestión debatida en autos no ha devenido abstracta en tanto "el efecto de la modificación es a futuro desde su sanción y no por el pasado".

En ese sentido, afirmó que las leyes 14.983 y 15.017 no tienen incidencia alguna en el planteo efectuado en estas actuaciones, al no haberse modificado las leyes impositivas de ejercicios fiscales pasados ni instruido a ARBA a que no persiga el cobro del tributo por los períodos previos al ejercicio fiscal 2018, en caso de que se verificase el supuesto de alícuotas diferenciales más gravosas en el ISIB con motivo del lugar de radicación del contribuyente.

En cuanto a la medida cautelar, por los motivos recién expuestos, insistió que resulta necesario su dictado en lo que respecta a las posiciones noviembre de 2015 a diciembre de 2017, dado que durante dicho período las alícuotas diferenciales se encontraban vigentes, por lo que el fisco provincial se encuentra en condiciones de exigir el cobro compulsivo de las diferencias.

3°) Que, a fs. 122, se requirió a la Provincia de Buenos Aires que informara a este Tribunal sobre la existencia de algún reclamo, procedimiento o acto de cualquier tipo, vinculado al cobro por diferencias de alícuotas del impuesto a los ingresos brutos, basadas en el lugar de radicación del establecimiento productivo de la contribuyente, por

los períodos fiscales transcurridos desde noviembre de 2015 hasta la entrada en vigencia de la ley 14.983.

A fs. 250/250 vta., como respuesta al requerimiento precedente, la parte demandada acompañó copia certificada del expediente administrativo nº 5100-68460/2019, mediante el cual ARBA informó, respecto de Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A., que: a) no existen antecedentes de la generación de casos de fiscalización individualizada como contribuyente del ISIB correspondiente a los ejercicios fiscales 2015 a 2017 en relación con alícuotas diferenciales basadas en el lugar de radicación del establecimiento productivo, y b) no tiene previsto en la selección de casos la generación de un procedimiento a la empresa de marras cuyo motivo se deba exclusivamente al señalado.

De acuerdo a lo informado por el ente recaudador, la provincia accionada señaló que no se había iniciado ningún procedimiento de verificación y que no es política de esa agencia instar dicho procedimiento tendiente a determinar deuda originada exclusivamente en declaración de alícuotas.

Por esta razón, sostuvo que en el caso sub examine no se constataría la existencia de un acto orientado a la estimación o percepción de las obligaciones tributarias del contribuyente en relación con las alícuotas diferenciales del ISIB, basadas en el lugar de radicación de su establecimiento productivo, por los ejercicios fiscales 2015 a 2017.

4°) Que, ante la respuesta dada por la Provincia de Buenos Aires, a fs. 252/254, la parte actora considera, en lo que aquí interesa, que lo informado por ARBA es ambiguo dado que no descartó determinar obligaciones vinculadas con "alícuotas diferenciales" en el marco de inspecciones con objeto más amplio, por lo que –según su entender- el fisco local no se ha inhibido definitivamente de realizar futuros reclamos por diferencias de alícuotas en el ISIB sobre la base del lugar de radicación de la sociedad demandante.

5°) Que, por último, en virtud de las facultades conferidas por el art. 36, inciso 4°, apartado a), del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se celebraron las audiencias fijadas para el 5 de diciembre de 2019 y el 2 de marzo de 2020. En la segunda audiencia, las partes manifestaron que no era posible arribar a un acuerdo. Ello no obstante, la parte demandada adujo que la actual administración provincial

mantenía el criterio fiscal plasmado en la respuesta al requerimiento formulado por el Tribunal en estos autos (ver acta de fs. 258).

6°) Que la presente causa corresponde a la competencia originaria del Tribunal, de conformidad con lo decidido en el precedente publicado en Fallos: 329:3890 y en las causas CSJ 230/2011 (47-E)/CS1 "ENOD S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" y CSJ 47/2012 (48- A)/CS1 "Aluar Aluminio Argentino S.A.I.C. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencias del 22 y 28 de agosto de 2012, sustancialmente análogas, entre otras, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad y con el propósito de evitar reiteraciones innecesarias.

7°) Que, sin perjuicio de ello, es preciso señalar que, por las razones expuestas en los considerandos precedentes, el objeto del pleito se circunscribe a las posiciones noviembre de 2015 a diciembre de 2017, dado que durante esos períodos la actora aplicó la alícuota menor que preveían las leyes 14.653 (t.o. 2015), 14.808 (t.o. 2016) y 14.880 entonces vigentes, para los contribuyentes radicados en el territorio provincial.

8°) Que, sentado lo anterior, cabe recordar que este Tribunal ha establecido reiteradamente 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 muchos otros).

9°) Que, por otro lado, todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria debe acreditar prima facie la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifiquen resoluciones de esa naturaleza (Fallos: 323:337 y 1849, entre muchos otros).

El examen de la concurrencia del segundo requisito mencionado exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, por la sentencia definitiva (Fallos: 319:1277). En este sentido se ha destacado 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: 318:30; 325:388).

10) Que en el limitado marco de conocimiento que ofrece el examen de una medida como la requerida en el *sub examine*, el Tribunal considera que los elementos y antecedentes considerados hasta el momento no permiten tener por configurados los aludidos presupuestos de admisibilidad de la cautela requerida, en particular, en lo que atañe al peligro irreparable en la demora.

En efecto, a tenor de lo informado por ARBA en la copia certificada del expediente administrativo n° 5100-68460/2019 y de la respuesta brindada por la Provincia de Buenos Aires al requerimiento del Tribunal (fs. 250 y vta.), la accionada no ha iniciado, por el momento, procedimiento de verificación alguno tendiente a determinar la existencia de una deuda por ISIB con sustento en el lugar de radicación del establecimiento productivo de la sociedad demandante, por los ejercicios fiscales aquí involucrados.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional. II. Correr traslado de la demanda interpuesta contra la Provincia de Buenos Aires, la que se sustanciará por la vía del proceso ordinario, por el plazo de sesenta días (arts. 338 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Para su comunicación al señor Gobernador y al señor Fiscal de Estado, líbrese oficio al señor juez federal en turno de la ciudad de La Plata. III. Rechazar la medida cautelar requerida. Notifíquese Y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Parte actora: **Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A.**, representada por la **doctora Cynthia Paula Calligaro.**

Parte demandada: **Provincia de Buenos Aires**, representada por la **doctora María Florencia Quiñoa.**

COOPERATIVA DE TRABAJO PERFIL LIMITADA C/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA S/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD

DEPOSITO PREVIO

Corresponde que la recurrente integre el depósito establecido en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, toda vez que la sentencia que ella acompaña no da cuenta del otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos, sino que el juez local no examinó la situación patrimonial de la actora limitándose a señalar que, conforme la normativa provincial, no correspondía el pago del "impuesto de justicia".

DEPOSITO PREVIO

Las exenciones al pago de la tasa de justicia que pudiesen resultar de normas locales no son aplicables respecto de la obligación de constituir el depósito establecida en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de mayo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que la sentencia acompañada por la recurrente a fs. 112 no da cuenta del otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos ya que el juez local no examinó la situación patrimonial de la actora sino que se limitó a señalar que, conforme la normativa provincial, no correspondía el pago del "Impuesto de Justicia".

2°) Que es doctrina de este Tribunal que las exenciones que pudiesen resultar de normas locales no son aplicables respecto de la obligación de constituir el depósito establecida en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (confr. Fallos: 301:871; 315:572; 323:840; 341:1227, entre muchos otros).

3°) Que, en consecuencia, y al no haberse acreditado el otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos, corresponde que la recurrente integre el depósito establecido en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por ello, intímese a la recurrente para que, dentro del quinto día, integre el depósito previsto en el art. 286 del código de rito bajo apercibimiento de desestimar el recurso de hecho. Notifíquese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso de queja interpuesto por la **Cooperativa de Trabajo Perfil Ltda.**, actora en autos, representada por el **Dr. Juan Pablo Bonfico.**

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, instancia única.**

GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/ ESTADO NACIONAL (UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES) S/ EJECUCIÓN FISCAL

COMPETENCIA

Resulta prematura la declaración de incompetencia del juzgado en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires para entender en la ejecución fiscal promovida por el Gobiernos de la Ciudad de Buenos Aires contra el Estado Nacional -Universidad de Buenos Aires- en la medida en que no ha sido citada aún la entidad nacional a la que se pretende ejecutar, por lo que corresponde continuar con el trámite de las actuaciones ante el juzgado donde fueron iniciadas.

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

La Ciudad de Buenos Aires no resulta aforada a la competencia originaria contemplada en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, conclusión que encuentra apoyo en el propio texto de la Ley Fundamental que a lo largo de varias de sus disposiciones la distingue de las provincias, tratando a ambos sujetos jurídicos en una cantidad importante de

oportunidades de manera desigual (Voto de la jueza Highton de Nolasco que remite a su disidencia en el precedente "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (Fallos: 342:533)-

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

A fs. 3/4, el Gobierno de la Ciudad Autónoma Buenos Aires (GCBA) promovió juicio de ejecución fiscal ante Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 11 local, contra la Universidad de Buenos Aires (UBA) , a fin de obtener el pago de la suma de $ 22.013,09 más sus intereses, en concepto de impuesto inmobiliario, tasa retributiva de los servicios de alumbrado, barrido y limpieza, mantenimiento y conservación de sumideros, por los períodos que allí se detallan, de dicha jurisdicción, según surge de la boleta de deuda glosada a fs. 1 de estos autos.

A fs. 14, la titular del juzgado interviniente se declaró incompetente por considerar que la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en atención a lo resuelto por V.E. en la causa CSJ 2084/2017, "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal", sentencia del 4 de abril de este año.

A fs. 17, se corre vista por la competencia a este Ministerio Público.

-II-

De acuerdo con lo resuelto por V.E -por mayoría- en la causa CSJ 2084/2017, "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal", sentencia del 4 de abril de este año, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116, 117 y 129 de la Constitución Nacional; art. 1°, inc. 1°, de la ley 48; y art. 24 , inc. 1°, del decreto-ley 1285/58, ratificado por ley 14.467) .

Sentado lo anterior, toda vez que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires demanda a la Universidad de Buenos Aires, que tiene derecho al fuero federal según lo dispuesto por el art. 116 de la Constitución Nacional, entiendo que la única forma de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales es sustanciar la demanda en esta instancia (doctrina de Fallos: 313:98 y 551; 317:746; 320:2567; 323:1110; 331:1427, entre muchos otros), cualquiera sea la materia del pleito.

En consecuencia, opino que el proceso debe tramitar ante los estrados del Tribunal. Buenos Aires, 10 de octubre de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de mayo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que a fs. 14 la jueza en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires declaró su incompetencia para entender en las presentes actuaciones, con base en el pronunciamiento publicado en Fallos: 342:533.

Que de conformidad con el estándar que surge del pronunciamiento citado y de acuerdo con la doctrina sentada en el precedente "AFIP c/ Neuquén", Fallos: 331:793, entre otros, la declaración de incompetencia indicada en el párrafo precedente resulta prematura, en la medida en que no ha sido citada aún la entidad nacional a la que se pretende ejecutar, por lo que corresponde continuar con el trámite de las presentes actuaciones ante el juzgado donde fueron iniciadas (conf. Fallos: 312:280; 328:4097; causas Competencia FGR 9040/2014/CS1 "Garrido, Vicente Luis y otros c/ Solvay Argentina S.A. y otros s/ amparo colectivo", sentencia del 16 de junio de 2015 y CSJ 937/2019 "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Chubut, Provincia del s/ ejecución fiscal", sentencia del 10 de septiembre de 2020.).

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: Declarar prematura la incompetencia decretada a fs. 14, por lo que deberá seguir conociendo en el proceso el Juz-

gado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires n.° 11, Secretaría n.° 22, al que se devolverán las presentes actuaciones para la continuación del trámite procesal pertinente. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco (según su voto)– Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Voto de la Señora Vicepresidenta Doctora Doña Elena I. Highton de Nolasco

Considerando:

Que por las razones desarrolladas en la disidencia de la jueza Highton de Nolasco en el precedente "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" (Fallos: 342:533), a cuyos fundamentos y conclusiones se remite en razón de brevedad, corresponde concluir que la Ciudad de Buenos Aires no es un sujeto aforado a la jurisdicción originaria de esta Corte.

En consecuencia, por lo allí expuesto y de acuerdo a lo resuelto por esta Corte en Fallos: 330:5279, y en las causas CSJ 1387/2012 (48-C)/CS1 "Colace, Catalina Noemí c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios"; CSJ 885/2013 (49-G)/CS1 "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Instituto Obra Social del Ejército s/ cobro de pesos"; CSJ Competencia 965/2014 "M., M. Y. c/ GCBA s/ amparo"; CSJ 3028/2014 "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Dirección de Obra Social de la Universidad de Buenos Aires (DOSUBA) s/ ejecución fiscal" (pronunciamientos del 14 de mayo de 2013, 6 de marzo de 2014, 19 de febrero de 2015, 17 de marzo de 2015, respectivamente), entre muchas otras, este juicio no corresponde a la competencia originaria del Tribunal.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, 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 de la Nación.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Parte ejecutante: Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, representado por la Dra. Tomasa Arias, letrada apoderada.

Parte ejecutada: Estado Nacional – Universidad de Buenos Aires, no presentada en autos

---

DINO MATTIOLI S.A.I.C. s/ INCIDENTE DE REVISIÓN DE CRÉDITO

DEPOSITO PREVIO

Resulta inatendible el pedido efectuado por las empresas recurrente en orden a que se las exima del pago del depósito previo (art. 286 del CPCCN) invocando fuerza mayor – por orden del Poder Ejecutivo no pudieron trabajar- pues la obligación que impone el citado artículo sólo cede respecto de quienes se encuentran exentos de pagar el sellado o tasa de justicia, según las disposiciones de las leyes nacionales respectivas, esto es, de aquellos que se encuentran comprendidos en el art. 13 de la ley 23.898 y en las normas especiales que contemplan excepciones a tales tributos, inclusión que debe ser expresa e interpretada con criterio restrictivo, circunstancia que no se verifican en los casos.

DEPOSITO PREVIO

Resulta inatendible el pedido efectuado por las empresas recurrente en orden a que se las exima del pago del depósito previo (art. 286 del CPCCN) invocando fuerza mayor – por orden del Poder Ejecutivo no pudieron trabajar- pues en los recursos en examen se debaten cuestiones relativas a sus concursos preventivos, sin perjuicio de tener a su alcance la vía prevista en los arts. 78 y sgtes. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Recursos de hecho deducidos por Dino Mattioli S.A.I.C. en las causas 'Dino Mattioli S.A.I.C. s/ incidente de revisión de crédito' y COM 17261/2018/2/1/RH3 'Dino Mattioli S.A.I.C. s/ incidente de revisión de crédito' y por Delandar S.R.L. en la causa COM 38371/2014/1/1/RH1 "Delandar S.R.L. s/ incidente de revisión de crédito", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que los recurrentes pretenden que se deje sin efecto los proveídos del señor secretario que los intimó, a cada uno, a efectuar el depósito previsto por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Sostienen que desde el día 16 de marzo hasta la fecha, por "orden del Poder Ejecutivo", las empresas estuvieron cerradas, no pudiendo trabajar. Alegan que, en la actualidad, carecen del dinero necesario para afrontar el monto del depósito. En ese orden, solicitan que tratándose de una fuerza mayor se los exima del pago de la referida carga.

2°) Que dicho pedido resulta inatendible. Ello es así, en razón de que la obligación que impone el citado art. 286 sólo cede respecto de quienes se encuentran exentos de pagar el sellado o tasa de justicia, según las disposiciones de las leyes nacionales respectivas, esto es, de aquellos que se encuentran comprendidos en el art. 13 de la ley 23.898 y en las normas especiales que contemplan excepciones a tales tributos, inclusión que debe ser expresa e interpretada con criterio restrictivo (conf. Fallos: 317:159 y 381; 319:161 y 299, entre otros), circunstancia que no se verifican en los casos.

En efecto, en los recursos en examen se debaten cuestiones relativas a sus concursos preventivos (conf. causas CSJ 114/2001 (37-N)/CS1 "Notarfrancesco, Víctor Gerardo c/ Raccone, Beatriz Marta"; y CSJ 583/2001 (37-M)/CS1 "Ministerio de Trabajo c/ Orel S.A.", falladas el 7 de mayo de 2002; entre otras), por lo que las pretensiones esgrimidas resultan inadmisibles, sin perjuicio de tener a

su alcance la vía prevista en los arts. 78 y sgtes. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por ello, se desestiman los planteos deducidos y se reiteran las intimaciones efectuadas, las que deberán cumplirse en el término de cinco días, bajo apercibimiento de desestimar las quejas sin más trámite. Ello, sin perjuicio de que los interesados puedan iniciar, en el mismo plazo, incidente de beneficio de litigar sin gastos y acreditar el hecho ante esta Corte a los fines que hubiere lugar. Notifíquese.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

P., M. B. c/ GOOGLE inc. y Otro s/ Interrupción de prescripción

EXCUSACION

El pedido formulado por la actora para que se excuse uno de los jueces de la Corte resulta inadmisible porque la facultad de excusación de los jueces del Tribunal, mediando causa legal de recusación o no, es ajena a la actividad procesal de las partes.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de mayo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el pedido formulado por la actora a fs. 69/71 para que se excuse el Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz, resulta inadmisible porque la facultad de excusación de los jueces de esta Corte, mediando causa legal de recusación o no, es ajena a la actividad procesal de las partes (Fallos: 243:53; 320:2605 y causas CSJ

632/2008 (44-S)/CS1 "Saracho, Mariano Osvaldo y otros c/ ANSES s/ reajustes varios y CSJ 201/2009 (45-E)/CS1 "Etcheberry de Bouquet, Matilde c/ ANSES s/ reajustes varios", ambas del 19 de mayo de 2010, entre otros).

Por ello, se desestima el pedido de excusación formulado por la actora a fs. 69/71. Notifíquese y sigan los autos según su estado.

Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

RUIZ, JOSÉ MARÍA c/ BURZMIÑSKI, MARÍA CRISTINA y Otro s/ Desalojo

RECURSO DE QUEJA

Corresponde rechazar la petición de la demandada tendiente a que se deje sin efecto el archivo de las actuaciones dispuesto en la causa, pues ello importa un pedido de reposición formulado en los términos del artículo 38 ter del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que resulta improcedente por cuanto se ha incorporado extemporáneamente el escrito digital del recurso de queja.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de mayo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que la petición de la demandada tendiente a que se deje sin efecto el archivo de las actuaciones dispuesto en autos, importa un pedido de reposición formulado en los términos del artículo 38 ter del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que resulta improcedente por

cuanto, tal como el propio presentante lo reconoce, se ha incorporado extemporáneamente el escrito digital del recurso de queja.

Que por tal motivo, dado que no se encuentran configurados en el sub examine los requisitos de procedencia respectivos por cuanto ni siquiera se ha incorporado oportunamente el recurso de queja, tampoco procede el pedido de suspensión solicitado.

Por ello, se desestima los planteos formulados. Notifíquese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

Recurso de reposición interpuesto por **María Cristina Burzmiński**, representada por el **Dr. Jorge Alberto Rubinska.**

TABACALERA SARANDÍ S.A. c/ EN – AFIP–DGI s/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

IMPUESTO

Corresponde revocar la medida cautelar que suspendió respecto de la actora la aplicación del monto mínimo del gravamen establecido para la comercialización del tabaco, pues ésta no ha logrado acreditar, siquiera en principio, el peligro irreparable en la demora que el pago del impuesto interno de acuerdo a la normativa impugnada le produciría, ni ha alegado -y mucho menos demostrado- que se torne imposible o improbable la continuación de sus actividades en el futuro, en la forma como lo ha hecho hasta ahora, hasta obtener una sentencia final favorable a su derecho.

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

PODER LEGISLATIVO

Dentro de nuestro diseño constitucional es el Congreso el ámbito en donde las diferentes representaciones políticas exponen sus opi-

niones y donde deben encontrarse los puntos de convergencia para zanjar los distintos conflictos de intereses; este argumento deliberativo impide a los magistrados avanzar sin más sobre las leyes, presumiendo las motivaciones de quienes ejercen su labor en el Congreso y solo ante el excepcional ejercicio del control de constitucionalidad es que los jueces se encuentran habilitados para invalidar decisiones del Poder Legislativo.

LEY

En el específico caso de las leyes impositivas, es el respeto a los principios constitucionales de la tributación lo que debe calibrar la actividad jurisdiccional.

MEDIDA CAUTELAR

Tratándose de medidas precautorias, caracterizadas por su excepcionalidad, no constituyen en principio vías idóneas para ponderar los posibles efectos que las leyes pudieran tener sobre la competencia y la regulación de los mercados, cuestiones de relevancia constitucional que cuentan con mecanismos específicos de protección, ajenos a la pretensión fiscal.

MEDIDA CAUTELAR

Al evaluar la verosimilitud en el derecho de la pretensión cautelar y ponderar el principio de igualdad y capacidad contributiva, no deben descartarse los fines extra-fiscales que en la creación de hechos imponibles y la cuantificación de los tributos puede haber tenido el legislador, cuestiones propias del diseño de una política fiscal ajena a la intervención del Poder Judicial, salvo en caso de discriminación o distingo arbitrario o injusto.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Si bien las resoluciones que se refieren a medidas precautorias, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento

del recurso extraordinario ya que no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas cabe hacer excepción a dicha regla cuando lo resuelto excede el interés individual de las partes y atañe también a la comunidad toda, en razón de su aptitud para perturbar la oportuna y tempestiva percepción de las rentas públicas.

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

CUESTION FEDERAL

Los agravios suscitan cuestión federal suficiente para habilitar la vía extraordinaria, si lo resuelto no constituye una derivación razonada del derecho vigente con particular y pormenorizada aplicación a las circunstancias de la causa.

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

MEDIDA CAUTELAR

Si bien el dictado de las medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, pesa sobre quien la solicita la carga de acreditar prima facie la existencia de su verosimilitud y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que la justifiquen.

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

MEDIDA CAUTELAR

Corresponde revocar la medida cautelar que suspendió respecto de la actora la aplicación del monto mínimo del gravamen establecido para la comercialización del tabaco, pues ésta no ha aportado constancia alguna tendiente a acreditar, como era menester a la luz de los planteos realizados, la retracción que podrían sufrir sus ventas como consecuencia de la modificación en el esquema tributario y la pérdida de su participación relativa en el mercado, en beneficio de sus competidores.

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

IMPUESTO

La presunta conformidad de las leyes nacionales o provinciales con las normas constitucionales, que es el principio cardinal de la división, limitación y coordinación de los poderes en nuestro régimen institucional, no debe ceder -por transgresión a ese principio y a esas normas- sino ante una prueba contraria tan clara y precisa como sea posible y particularmente cuando se trata de impuestos creados por el Poder Legislativo en virtud de facultades no discutidas, cabe tener presente que el exceso alegado como violación de la propiedad debe resultar no de una mera estimación personal, ni de circunstancias puramente accidentales y eventuales, sino de una relación racional estimada entre el valor del bien gravado y el monto del gravamen, al margen de accidentes transitorios y circunstanciales sobre la producción y el aprovechamiento de aquél.

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

MEDIDA CAUTELAR

Corresponde revocar la medida cautelar que suspendió respecto de la actora la aplicación del monto mínimo del gravamen establecido para la comercialización del tabaco, toda vez que no se ha ofrecido prueba alguna dirigida a cuantificar la gravitación que el pago del tributo tendría sobre la renta o sobre el patrimonio de aquella, razón por la cual no hay forma de evaluar el peligro en la demora ni se evidencia que agravios no puedan ser válidamente remediados con la sentencia final a dictarse.

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

PODER JUDICIAL

La misión más delicada del Poder Judicial es la de mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que aquellos deben adoptar, criterio que resulta aplicable no solo al control de constitucionalidad sino también al dictado de medidas cautelares cuyos efectos expansivos puedan afectar la aplicación de una norma.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 203/208 de los autos principales (a los que se referirán las siguientes citas), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala IV) por mayoría, concedió la medida cautelar solicitada por Tabacalera Sarandí S.A. Y suspendió, a su respecto, la aplicación del "monto mínimo" del gravamen establecido para la comercialización del tabaco, en sus distintas variantes, en los arts. 103, 104 y 106 de la ley 27.430 (mediante los cuales se sustituyeron los arts. 15, 16 y 18 de la ley 24.674 de impuestos internos), permitiéndole aplicar, en forma directa sobre su verdadero precio de venta, la alícuota del 70%.

Para así decidir, el tribunal sostuvo que: a) en lo que hace a la verosimilitud del derecho y la ilegitimidad de la regulación impugnada, la ley 27.430 fija los gravámenes para la comercialización del tabaco en sus distintas variantes, sin perjuicio de lo cual instituye sendos "pisos fijos de tributación mínima" aplicables por igual a cada uno de los casos allí contemplados, sin discriminar categorías ni formular distinción o matiz alguno a su respecto. Se vulnera así la defensa de la competencia. (art. 42 CN), por un "probable fenómeno de concentración económica y/o comercial en el mercado del tabaco *en beneficio de un sector determinado*, dado el efecto que disposiciones como las impugnadas producirían a su respecto", y los principios de equidad, proporcionalidad, igualdad y no confiscatoriedad (arts. 4°, 16 y 17 CN), señala además la "potencial incidencia" de la normativa cuestionada, y peligro consecuente, sobre el derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita (art. 14 CN); b) en cuanto al peligro en la demora, la condición de PYME de la actora, la incidencia del piso mínimo sobre los precios finales de sus productos y su magnitud proporcional permiten colegir, en forma preliminar, que la modificación impositiva introducida por la ley 27.430 puede ocasionar un daño cierto a su situación económico-patrimonial y financiera, de difícil corrección ulterior. El carácter indirecto (y por ende trasladable) del impuesto no obsta a lo dicho, pues la implementación del piso mínimo, en la dimensión en que fue prevista, conduciría, en principio y como respuesta de adecuación necesaria, a dos diferentes comportamientos: i) la alteración del esquema de costos, de modo

que el gravamen se trasladase en forma directa e inmediata al precio final que abona el consumidor, o ii) su absorción por la empresa actora. Con ello se excluiría a la actora del sector del mercado en el que habitualmente participa, por pérdida de su clientela, forzándola a actuar en otro y a competir, en desventaja, con grandes empresas multinacionales del rubro, dada su situación de desigualdad, y la segunda terminaría acarreándole la quiebra, por los efectos negativos de descapitalización que el tributo podría traer aparejados sobre su situación patrimonial. Por lo demás, exigir una demostración acabada del efecto que produce la traslación del impuesto al precio del tabaco y de la consiguiente imposibilidad de competir con las principales corporaciones multinacionales que venden a valores más altos para tener por demostrada la afectación económica real sobre el patrimonio de la actora y el peligro en la demora importaría, en los hechos, no solo una prueba de muy difícil producción sino también decidir la cuestión de fondo propuesta; c) la concesión de la tutela no tendrá efectos jurídicos o materiales irreversibles, pues la actora deberá liquidar y pagar sus tributos de conformidad con el régimen general establecido hasta que se dicte una eventual sentencia definitiva desestimatoria de su pretensión.

-II-

Disconforme con este pronunciamiento, 225/244 la AFIP interpuso recurso extraordinario, cuya denegación a fs. 254 motiva la presentación de la queja en examen.

Expuso los siguientes agravios: a) la resolución apelada, en tanto otorga una medida cautelar sin considerar el interés público en juego y la presunción de validez de los actos de los poderes públicos y sin analizar la bondad de un sistema fiscal, resulta apta para habilitar la vía del art. 14 de la ley 48, en tanto configura un supuesto de excepción al requisito de sentencia definitiva, en razón de que causa a su mandante un gravamen de imposible reparación ulterior; b) existe gravedad institucional, pues lo decidido afecta la hacienda pública por el lado del recurso impositivo y por el del gasto público en salud; c) no hay verosimilitud del derecho, pues la cámara invoca a una “eventual transgresión” a los límites constitucionales a los que están sujetas las normas impositivas, y un conjetural perjuicio al derecho de defensa de la competencia que la actora no invocó; en cuanto a las restantes garantías constitucionales que se dicen vulneradas, no hay prueba alguna al respecto.

Por otro lado, arguye que la sentencia pretende fundarse en el cuestionamiento de las finalidades fiscales y extrafiscales del régimen impugnado, aduciendo que la norma no supera la constatación primaria de constitucionalidad y que el desincentivo al consumo "no parecería correlacionarse con la incidencia -no homogénea- que el impuesto produciría sobre los distintos actores del mercado en cuestión y, consecuentemente, sobre los productos que comercializan, sus precios, y los consumidores a los que se dirigen. Ello considerando que el tabaco de bajo costo -cuyo expendio sería el más afectado por la normativa impugnada- es solo una fracción de ese mercado", lo cual expresa el Tribunal en modo condicional y con orfandad probatoria.

Añade que no se cumple el requisito de peligro en la demora, pues el a quo lo funda en un hecho no probado, en la documental acompañada por la actora y en la posibilidad, tampoco acreditada, del daño eventual. Agrega que la empresa celebró una alianza comercial con una empresa multinacional, por lo que lejos están de afectarse sus derechos constitucionales; que no paga el impuesto al que está obligada desde hace varios meses y que presentó la declaración jurada sin adecuarla a la ley vigente. Indica que atribuir valor probatorio a las constancias emitidas por la actora resulta excesivo y que la complejidad del tema excede el limitado marco cognoscitivo de una medida cautelar. Por otra parte, asevera que el supuesto desequilibrio en la defensa de la competencia es una cuestión conjetural, y que la cautelar pone a la actora en situación de privilegio frente al resto de las empresas del mercado, afectando con ello la competencia. Sostiene que la medida dispuesta afecta en forma irremediable el interés público comprometido con respecto a la finalidad extrafiscal del tributo, que es la protección de la salud pública.

-III-

Tiene dicho la Corte que las resoluciones que se refieren a medidas precautorias, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten, en principio, el carácter de sentencias definitivas (Fallos: 300:1036; 308:2006, entre otros). Sin embargo, cabe hacer excepción a dicha regla cuando lo resuelto excede el interés individual de las partes y atañe también a la comunidad toda, en razón de su aptitud para perturbar la oportuna y tempestiva percepción de las rentas públicas (arg. Fallos: 268:126; 297:227; 298:626; 312:1010; 313:1420; 318:2431; 319:1317, entre otros).

A mi entender, las referidas circunstancias excepcionales se verifican en la especie y, además, los agravios de la quejosa suscitan cuestión federal suficiente para habilitar la vía extraordinaria, toda vez que lo resuelto no constituye una derivación razonada del derecho vigente con particular y pormenorizada aplicación a las circunstancias de la causa (arg. Fallos: 318:2431).

En efecto, si bien el dictado de las medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido (Fallos: 306:2060), pesa sobre quien la solicita la carga de acreditar *prima facie* la existencia de su verosimilitud y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que la justifiquen (Fallos: 307:2267).

Sobre la base de tales premisas, estimo que la actora no ha logrado acreditar, siquiera en principio, el peligro irreparable en la demora que el pago del impuesto interno de acuerdo a la normativa impugnada le produciría, pues ni siquiera ha alegado -y mucho menos demostrado- que se torne imposible o improbable la continuación de sus actividades en el futuro, en la forma como lo ha hecho hasta ahora, hasta obtener una sentencia final favorable a su derecho.

En efecto, obran agregadas en autos una serie de planillas -suscriptas sólo por el letrado patrocinante de la actora- tendientes a demostrar el incremento de la carga tributaria y la suba de los precios en sus productos (cfr. fs. 27/41). La accionante también agregó sus declaraciones juradas en el impuesto interno -rubro cigarrillos- de los períodos marzo a julio de 2018 (cfr. fs. 191/200) y un informe suscripto por contador público (cfr. fs. 190).

Dicho informe se limita a detallar la diferencia entre el impuesto ingresado y el que hubiera correspondido pagar de aplicar las disposiciones de la ley 27.430 en los períodos marzo a julio de 2018, y a señalar: *"De la compulsa realizada y como surge del cuadro comparativo precedente, de haber pagado de conformidad con la reforma introducida por la Ley 27.430, Tabacalera Sarandí se encontraría al presente con una descapitalización equivalente al $ 1.022.437.461,27. Lo que demuestra que el ingreso del monto mínimo establecido por la reforma introducida, llevaría a esta empresa a una pronta cesación de pagos. Situación que surge prima facie de los precios al consumidor con los que la empresa se ve obligada a comercializar para permanecer en el mercado y que surgen del listado de precios vigente"*.

Sin embargo, no se ha aportado constancia alguna tendiente a acreditar, como era menester a la luz de los planteos realizados (cfr.

fs.3 y fs. 6, último párrafo), la retracción que podrían sufrir sus ventas como consecuencia de la modificación en el esquema tributario y la pérdida de su participación relativa en el mercado, en beneficio de sus competidores.

Similar conclusión se impone, en mi parecer, respecto de las afirmaciones de la Cámara en torno a la incompatibilidad de la mecánica de imposición "mínima" con los principios de equidad, proporcionalidad, y de no confiscatoriedad.

Ha dicho V.E. que 'la presunta conformidad de las leyes nacionales o provinciales con las normas constitucionales, que es el principio cardinal de la división, limitación y coordinación de los poderes en nuestro régimen institucional, no debe ceder -por transgresión a ese principio y a esas normas- sino ante una prueba contraria tan clara y precisa como sea posible y particularmente cuando se trata de impuestos creados por el Poder Legislativo en virtud de facultades no discutidas, cabe tener presente que el exceso alegado como violación de la propiedad debe resultar no de una mera estimación personal , aunque ella emane de peritos ilustrados y rectos , ni de circunstancias puramente accidentales y eventuales, sino de una relación racional estimada entre el valor del bien gravado y el monto del gravamen, al margen de accidentes transitorios y circunstanciales sobre la producción y el aprovechamiento de aquél" (Fallos: 207:328; 220:1082; 322:3255, entre otros).

Sin embargo -y a excepción del informe de fs. 190, a cuyo contenido ya hice referencia- la actora no ofreció prueba alguna dirigida a demostrar tal relación, ni tampoco la absorción sustancial de su capital o de su renta como consecuencia del tributo que tacha de inconstitucional.

Cierto es que la gravitación económica de los reclamos fiscales es un aspecto que la Corte no ha dejado de lado al admitir medidas como la solicitada en autos (Fallos: 323:349 y sus citas), pero en el *sub judice* no se ha ofrecido prueba alguna dirigida a cuantificar la gravitación que el pago del tributo tendría sobre la renta o sobre el patrimonio de la actora, razón por la cual considero que no hay forma de evaluar el peligro en la demora ni se evidencia -en el *statu quo* actual- que sus agravios no puedan ser válidamente remediados con la sentencia final a dictarse.

A lo expuesto se suma que, en el caso, con la medida cautelar se está suspendiendo la aplicación de las disposiciones de una ley y, como ha dicho la Corte, la misión más delicada del Poder Judicial es la de mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las

funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que aquellos deben adoptar, criterio que resulta aplicable no solo al control de constitucionalidad sino también al dictado de medidas cautelares cuyos efectos expansivos puedan afectar la aplicación de una norma (Fallos: 341:1717).

-IV-

Por lo expuesto, opino que debe declararse admisible la queja, procedente el recurso extraordinario y revocarse la sentencia apelada. Buenos Aires, 10 de diciembre de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Tabacalera Sarandí S.A. c/ EN – AFIP – DGI s/ proceso de conocimiento", para decidir sobre su procedencia

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad.

A lo allí expuesto, cabe agregar el argumento deliberativo propio del ejercicio de la institucionalidad democrática. Y es que dentro de nuestro diseño constitucional es el Congreso el ámbito en donde las diferentes representaciones políticas exponen sus opiniones y donde deben encontrarse los puntos de convergencia para zanjar los distintos conflictos de intereses.

Este argumento deliberativo impide a los magistrados avanzar sin más sobre las leyes, presumiendo las motivaciones de quienes ejercen su labor en el Congreso. Solo ante el excepcional ejercicio del control de constitucionalidad es que los jueces se encuentran habilitados para invalidar decisiones del Poder Legislativo.

En el específico caso de las leyes impositivas, es el respeto a los principios constitucionales de la tributación lo que debe calibrar la actividad jurisdiccional. Tratándose de medidas precautorias, caracterizadas por su excepcionalidad, no constituyen en principio vías idóneas para ponderar los posibles efectos que las leyes pudieran tener sobre la competencia y la regulación de los mercados, cuestiones de relevancia constitucional que cuentan con mecanismos específicos de protección, ajenos a la pretensión fiscal.

En ese orden, al evaluar la verosimilitud en el derecho de la pretensión cautelar y ponderar el principio de igualdad y capacidad contributiva, no deben descartarse los fines extra-fiscales que en la creación de hechos imponibles y la cuantificación de los tributos puede haber tenido el legislador, cuestiones propias del diseño de una política fiscal ajena a la intervención del Poder Judicial, salvo en caso de discriminación o distingo arbitrario o injusto (arg. doct. Fallos: 289:508; 300:1027; 307:993).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por 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, primera parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese. Exímase de integrar el depósito cuyo pago se encuentra diferido a fs. 2 y 50/51; adjúntese copia de la presente a esta queja en papel y, junto con las fotocopias certificadas de los autos principales, remítasela al tribunal de origen, al que se encomienda que, por quien corresponda, la incorpore a dicha causa.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por la **Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva**, representada por el Dr. Raúl Ignacio Martínez Pita, con el patrocinio letrado de las **Dras. María del Rosario Creixent Laborde y Diana María Queirolo.**

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

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 6.**

ZIELLA, ADRIANA INÉS c/ ASOCIACIÓN DE ANESTESIA ANALGESIA Y REANIMACIÓN DE BUENOS AIRES (AAARBA) s/ AMPARO

ASOCIACIONES PROFESIONALES

Corresponde confirmar la sanción de expulsión impuesta a la amparista con motivo del sumario administrativo llevado a cabo por la Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación, pues el hecho de que la única diferencia entre quienes fueron suspendidos y la actora fuera el año de residencia médica en que se encontraba cada uno, no constituye una decisión irrazonable por la sola circunstancia de que dicha cuestión no surja de las normas estatutarias, en tanto nada obsta a que la entidad, dentro del margen de su normativa se encuentre facultada para meritar en cada caso particular la gravedad y las características de la conducta llevada a cabo por el asociado, ya que lo contrario implicaría una intromisión en el análisis del mérito o conveniencia de la sanción.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Aun cuando los agravios de la recurrente remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, 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 por la vía intentada cuando, la solución se sustenta en afirmaciones dogmáticas que dan al fallo un fundamento solo aparente y que lo descalifican como acto jurisdiccional válido.

SANCIONES DISCIPLINARIAS

En los supuestos de sanciones disciplinarias dispuestas por asociaciones – Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación de Buenos Aires- la justicia solo debe limitarse a ejercer un control de legalidad y razonabilidad, pero si no median tales extremos puntuales de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta o de injusticia notoria en modo alguno puede inmiscuirse en el análisis acerca del mérito o conveniencia del acto.

SANCIONES DISCIPLINARIAS

Corresponde confirmar la sanción de expulsión impuesta a la amparista con motivo del sumario administrativo llevado a cabo por la Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación, pues si bien es cierto que la actora no participó del acto anestésico que ocasionó la muerte de un paciente, en el caso no se trata de un proceso sobre mala praxis tendiente a dilucidar el desempeño profesional de los médicos intervinientes en un acto médico, sino de la participación de alumnos de la carrera de anestesiología en guardias hospitalarias por fuera del programa establecido por la asociación cuando aún se encontraban en etapa de formación, en contra de la prohibición expresa establecida por el reglamento.

SANCIONES DISCIPLINARIAS

Corresponde confirmar la sanción de expulsión impuesta a la amparista con motivo del sumario administrativo llevado a cabo por la Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación, pues a pesar de sus incipientes conocimientos sobre la materia, efectuó guardias hospitalarias por fuera del sistema establecido por la entidad, en forma distinta de los restantes médicos sancionados con suspensión, que se encontraban cursando años superiores.

SANCIONES DISCIPLINARIAS

El poder disciplinario es la herramienta con que cuentan las asociaciones del tipo de la demandada - Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación- en las cuales la afiliación, a diferencia de lo que sucede con los colegios públicos profesionales, es estrictamente voluntaria, para hacer cumplir por parte de sus adherentes, las decisiones que hacen al conjunto de las finalidades que los agrupan y que suponen de cada uno la renuncia o sacrificio de ciertos intereses individuales que se contrapongan al bien común asociacional, renuncia válida con arreglo a la norma del anterior art. 19 del Código Civil –hoy art. 13 del Código Civil y Comercial de la Nación-.

SANCIONES DISCIPLINARIAS

Es arbitraria la sentencia que revocó la sanción de expulsión impuesta a la amparista con motivo del sumario administrativo llevado a cabo por

la Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación, pues la cámara ha omitido ponderar lo alegado por la asociación, con referencia a la incipiente preparación de la amparista en la materia y en consecuencia, su desprecio por la vida al asumir guardias hospitalarias para las que no se hallaba capacitada, susceptibles de incidir en el tema.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa Ziella, Adriana Inés c/ Asociación de Anestesia Analgesia y Reanimación de Buenos Aires (AAARBA) s/ amparo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que, en el marco de una acción de amparo deducida por la actora contra la Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación de Buenos Aires (AAARBA), a fin de que se deje sin efecto la sanción de expulsión que le había sido impuesta con motivo del sumario administrativo llevado a cabo por la entidad, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la decisión de primera instancia que la había desestimado.

Para así decidir, la alzada recordó que, en el caso, se había labrado un sumario administrativo con motivo del fallecimiento de un paciente durante la práctica de un acto médico en la guardia del Hospital "Mi Pueblo", ubicado en la localidad de Florencio Varela, Provincia de Buenos Aires, a raíz del cual se sancionó a la actora (médica residente) y a los Dres. Fuentes y Durán (residentes) con la expulsión de la entidad; en tanto que a los Dres. Varela, Ruggiero, Mottola (residentes), D'Alonzo, Oliveira Vargas, Patronelli y Molinari con suspensiones desde el año hasta los 15 días, decisión que fue ratificada por la Comisión Directiva, por el Tribunal de Honor y por la Asamblea General extraordinaria de la mentada entidad.

Consideró que en el sumario administrativo se le atribuyeron a la actora manifestaciones que no había efectuado tales como que había

declarado que concurrió a las mencionadas guardias "porque en ese hospital se podía meter mano".

Destacó que a pesar de que se hizo referencia a la corta trayectoria de la actora (residente de segundo año), ninguna de las normas reglamentarias o estatutarias prevé dicha consideración como agravante a los fines de ponderar una sanción.

En tal sentido, recordó que los instructores sumariantes fundaron sus decisiones en lo establecido por el Reglamento de la Carrera de Médico Especialista en Anestesiología de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires que, en su capítulo XI referente a los alumnos, dispone que "no podrá realizar ninguna actividad relacionada con la especialidad, sea ésta remunerada o no, fuera del ámbito fijado para las tareas prácticas establecidas en el Programa de enseñanza del postgrado", que "en su calidad de alumno regular el residente solo podrá realizar actividad asistencial supervisada por un instructor o jefe de residentes autorizados por el Jefe de división o servicios" y que el cumplimiento de las aludidas obligaciones constituye una obligación de todo asociado, no susceptible de modulaciones en más o en menos.

A partir de ello, concluyó que no se apreciaba que la conducta desplegada por la actora pudiera ser asimilada a la que mostró en la especie el Dr. Durán, no solo por la falta de participación en el hecho que originó el sumario, sino porque la actora nunca tuvo una actuación que excediera la asistencia como ayudante del médico anestesiólogo de planta que, en su caso, fue el Dr. Oliveira Vargas.

Señaló que también era cierto que la actuación de la actora podía ser equiparada a la de otros sumariados que asistieron a guardias a lugares que no eran los designados para hacer su residencia. Aclaró que, en estos casos, la única diferencia habría radicado en el año de residencia en que se encontraba cada uno pues mientras la actora estaba en segundo año, Varela y Mottola estaban en tercero y Ruggiero en cuarto, cuestión que no surge de las normas reglamentarias.

Concluyó que ello tornaba irrazonable la sanción impuesta en tanto quebrantaba el derecho constitucional de igualdad ante la ley por lo que admitió la acción de amparo deducida por la actora y dejó sin efecto la sanción de expulsión sin perjuicio de que pudiera corresponder otra de menor entidad.

2°) Que contra dicha decisión la asociación demandada dedujo recurso extraordinario que, denegado, origina esta presentación directa.

Considera que la actora gozó en todo momento del derecho de defensa a punto tal que ante la posibilidad concreta de ampliar ante el Tribunal de Honor los términos de sus defensas y medios probatorios no solo no aportó ningún elemento que permitiera mínimamente acreditar no haber transgredido el reglamento sino que ratificó lo manifestado en sus escritos recursivos.

Agrega que, en el marco de las actuaciones sumariales tampoco indicó cuáles hubieran sido las pruebas que se vio imposibilitada de aportar.

Aclara que en modo alguno se le ha atribuido a la actora responsabilidad por un acto anestésico no realizado por ella, sino que lo que se juzgó en todos los casos fue haber concurrido a realizar una guardia en contravención al reglamento.

Explica que lo que se tuvo en cuenta fue su carácter de residente de segundo año y con ello su incipiente formación así como la ausencia de identificación con los principios de la asociación ya que en poco tiempo de asociada se comportó al margen de las normas concurriendo a realizar guardias nocturnas de 12 horas en un hospital de difícil acceso, con total desconocimiento de quien la convocaba y que ante la imposibilidad de concurrir envió en su reemplazo a un compañero, el Dr. Miguel Durán, quien por las mismas razones fue expulsado de la entidad y no por el resultado del acto anestésico.

Entiende que la circunstancia de que la actora considere que ello es algo menor solo puede significar su falta de identificación con los principios deontológicos de la entidad.

Señala que el *a quo* omitió considerar lo actuado por el Tribunal de Honor y la Asamblea Extraordinaria pues se limitó a lo efectuado por la Comisión Directiva.

En cuanto a la frase “porque en ese hospital se podía meter mano” expresó que ella tuvo lugar el 11 de agosto de 2014 en el marco de la audiencia celebrada en presencia de los integrantes del Tribunal de

Honor (fs. 193 de las actuaciones sumariales y dictamen del fiscal de cámara de fs. 930), por lo cual considera que no deviene ajustado a las constancias de la causa lo señalado por el *a quo* en cuanto a que tales dichos no encuentran su correlato en autos.

Concluye que la sentencia impugnada va en contra de los principios deontológicos de la Sociedad de Anestesia, arrogándose la autoridad de interpretar y fijar el alcance de la dimensión que se debe asignar a la trasgresión de la norma ética cuestionada.

Por último, entiende que lo decidido ocasiona un perjuicio irreparable a la asociación al obligarla a reincorporar a una asociada que ha actuado en contra de su currículo deontológico, que la asociación siempre ha procurado la excelencia en la formación y capacitación de sus profesionales asociados porque ello influye directamente en la seguridad de los pacientes y que la intervención en quirófano de un residente sin instructor, implica, más allá de exponer a aquellos a una situación de riesgo aumentado, una desaprensión por la vida ajena que, como institución comprometida con la salud no puede tolerar.

3°) Que, aun cuando los agravios de la recurrente remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, 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 por la vía intentada cuando, la solución se sustenta en afirmaciones dogmáticas que dan al fallo un fundamento solo aparente y que lo descalifican como acto jurisdiccional válido (Fallos: 325:1511; 326:3734; 327:5438; 330:4983).

4°) Que, en autos, la cámara fundó su decisión, entre otras razones, en la circunstancia de que en el sumario administrativo se le había atribuido a la actora una afirmación “sin que se determinara el origen de dicha frase cuya existencia no se verifica en la declaración de la actora (…fs. 30)”. Pero de la compulsa de la causa surge que la aludida manifestación -referente a que concurrió a las mencionadas guardias “porque le dijeron que en ese hospital se podía como decir vulgarmente meter mano, que se podía aprender”-, consta en la declaración efectuada por la actora con fecha 11 de agosto de 2014 ante el Tribunal de Honor cuya copia obra a fs. 368, por lo que dicho argumento no constituye fundamento válido de lo resuelto.

5°) Que por otra parte, el hecho de que la única diferencia entre quienes fueron suspendidos y la actora fuera el año de residencia médica en que se encontraba cada uno, no constituye una decisión irrazonable por la sola circunstancia de que dicha cuestión no surja de las normas estatutarias. Ello así pues, nada obsta a que la entidad, dentro del margen de su normativa se encuentre facultada para meritar en cada caso particular la gravedad y las características de la conducta llevada a cabo por el asociado, ya que lo contrario implicaría una intromisión en el análisis del mérito o conveniencia de la sanción.

6°) Que, en los supuestos de sanciones disciplinarias dispuestas por asociaciones de la índole de la aquí apelante, la justicia solo debe limitarse a ejercer un control de legalidad y razonabilidad, pero si no median tales extremos puntuales de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta o de "injusticia notoria" en modo alguno puede inmiscuirse en el análisis acerca del mérito o conveniencia del acto (Fallos: 323:1042 y sus citas).

7°) Que, si bien es cierto que la actora no participó del acto anestésico que ocasionó la muerte de un paciente, en el caso no se trata de un proceso sobre mala praxis tendiente a dilucidar el desempeño profesional de los médicos intervinientes en un acto médico, sino de la participación de alumnos de la carrera de anestesiología en guardias hospitalarias por fuera del programa establecido por la asociación cuando aún se encontraban en etapa de formación, en contra de la prohibición expresa establecida por el reglamento.

En el caso, tanto la actora como el Dr. Durán -ambos residentes de segundo año de la carrera- a pesar de sus incipientes conocimientos sobre la materia, efectuaron guardias hospitalarias por fuera del sistema establecido por la entidad, en forma distinta de los restantes médicos sancionados con suspensión, que se encontraban cursando años superiores.

8°) Que el poder disciplinario es la herramienta con que cuentan las asociaciones del tipo de la demandada -en las cuales la afiliación, a diferencia de lo que sucede con los colegios públicos profesionales, es estrictamente voluntaria– para hacer cumplir por parte de sus adherentes, las decisiones que hacen al conjunto de las finalidades que los agrupan y que suponen de cada uno la renuncia o sacrificio de ciertos intereses individuales que se contrapongan al bien común asociacional, renuncia –aquella- válida con arreglo a la norma del anterior

art. 19 del Código Civil –hoy art. 13 del Código Civil y Comercial de la Nación- (disidencia de los jueces Fayt y Moliné O' Connor en la causa "Sierra, Silvia Zulema c/ Asociación Argentina de Anestesiología", Fallos: 314:1404).

9°) Que, en orden a las consideraciones efectuadas con respecto a una supuesta violación del principio de igualdad ante la ley, cabe señalar que la cámara ha omitido ponderar lo alegado por la asociación, con referencia a la incipiente preparación de la amparista en la materia y en consecuencia, su desprecio por la vida al asumir guardias hospitalarias para las que no se hallaba capacitada, susceptibles de incidir en el tema.

10) Que, en suma, las afirmaciones de la cámara, no constituyen un pronunciamiento debidamente fundado sobre el mérito de las circunstancias comprobadas de la causa.

En función de lo expuesto cabe concluir que lo resuelto guarda nexo directo e inmediato vinculado con las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (art. 15 de la ley 48), por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y, con el alcance indicado, se deja sin efecto el pronunciamiento impugnado. Con costas. Reintégrese el depósito de fs.55. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por la **Asociación de Anestesia, Analgesia y Reanimación de Buenos Aires (AAARBA)**, representada por la **Dra. María Ángeles Spandonari.**

Tribunal de origen: **Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 5.**

ESCALONA, MARTÍN REYNALDO Y OTRO C/ REGISTRO NACIONAL DE TRABAJADORES Y EMPLEADORES AGRARIOS (RENATEA) Y OTRO S/ AMPARO LEY 16.986

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario fue bien denegado si el tema en debate se circunscribe a determinar si las cláusulas del acta acuerdo y su resolución homologatoria resultan válidas, o si, por el contrario, vulneran los derechos de los trabajadores reconocidos en el convenio colectivo que regía la relación de empleo -CCT 1453/2015 E- así como los principios del orden público laboral aplicables, pues ello remite al estudio de una posible colisión de normas de derecho común, e implica el análisis de ciertas cuestiones de índole fáctica, las cuales constituyen materia propia de los jueces de la causa y son ajenas a la instancia del artículo 14 de la ley 48; máxime cuando la sentencia se funda en argumentos no federales que, más allá de su grado de acierto, resultan suficientes para sustentarla e impiden su descalificación como acto judicial.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

La doctrina de la arbitrariedad es de carácter excepcional y no tiene por objeto corregir fallos meramente equivocados, sino aquellos en los que las deficiencias lógicas del razonamiento o la total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el decisorio como sentencia fundada en ley, a la que aluden los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Es improcedente el recurso extraordinario si la norma federal que el apelante menciona como vulnerada por el pronunciamiento en crisis -ley 25.164- no guarda relación directa ni inmediata con lo que ha sido materia de concreta decisión en el pleito, en tanto la mención de esa norma no resulta sustancial para la solución del caso, pues la sentencia apelada funda su postura, principalmente, en la protección reforzada del empleo que el artículo 19 del CCT 1453/2015 E confiere a los trabajadores del RENATEA para el caso de restructuraciones administrativas,

mas no afecta la naturaleza de la relación laboral prevista en el convenio aplicable, ni equivale a otorgarle al actor la estabilidad propia que el artículo 14 bis garantiza al empleado público.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Para que una cuestión federal resulte atendible por la vía del recurso extraordinario es menester que la cuestión oportunamente propuesta se vincule de una manera estrecha con la materia del litigio, de modo tal que su dilucidación resulte indispensable para la decisión del juicio; por ello, los fallos que tienen fundamentos no federales suficientes para sustentarse son irrevisables en la instancia extraordinaria, pues la presencia de aquéllos impide considerar otros de índole federal que pudiera contener la sentencia, por falta de relación directa e inmediata.

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

DESPIDO

La sentencia que resolvió la nulidad del acta acuerdo y su respectiva resolución homologatoria porque implicaron una regresión en los derechos conferidos a los trabajadores en virtud del artículo 19 CCT 1453/2015 E, no es irrazonable en tanto hizo una interpretación posible de las normas de derecho común aplicables en la especie en función de las circunstancias del caso, máxime cuando la solución a la que arribó la cámara se ajusta a los principios de orden público laboral que rigen la materia, y en particular, al principio protectorio que surge del artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

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

-El juez Rosenkrantz, en su voto, no adhirió al presente párrafo-

CONTRATO DE TRABAJO

El trabajo en sus diversas formas goza de la protección de las leyes, lo que incluye al que se desarrolla tanto en el ámbito privado como en el público.

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

-El juez Rosenkrantz, en su voto, no adhirió al presente párrafo-

DERECHO DE TRABAJAR

El derecho a trabajar comprende, entre otros aspectos, el derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo.

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

-El juez Rosenkrantz, en su voto, no adhirió al presente párrafo-

PROTECCION CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

Las exigencias derivadas del principio protectorio se dirigen primordialmente al legislador, pero su cumplimiento atañe, asimismo, a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto.

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

-El juez Rosenkrantz, en su voto, no adhirió al presente párrafo-

EMPLEO PUBLICO

A la luz del principio protectorio y de la regla de irrenunciabilidad establecida en la Ley de Contrato de Trabajo, no resulta arbitraria la sentencia que, en lo sustancial, hizo prevalecer el derecho a la permanencia en el empleo prevista en el artículo 19 del CCT 1453/15 E ante la supresión de dependencias o funciones del organismo es decir, la opción de reubicación en cabeza del trabajador que, conforme el artículo 4 de ese convenio, había quedado incorporado a los contratos individuales existentes al momento de su entrada en vigencia, frente a la desvinculación laboral de los amparistas dispuesta de manera directa en virtud de un acta acuerdo celebrado durante el proceso de reorganización administrativa del RENATEA declarado formalmente por el Poder Ejecutivo mediante el decreto 1014/2016.

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

DESPIDO

La sentencia que resolvió la nulidad del acta acuerdo y su respectiva resolución homologatoria porque implicaron una regresión en los derechos conferidos a los trabajadores en virtud del artículo 19 CCT

1453/2015 E no es arbitraria, pues no se advierte que la cámara haya efectuado una interpretación inadecuada del citado artículo, en tanto la letra de esa norma permite colegir que sus previsiones alcanzan cualquier supuesto de supresión de funciones, cargos o dependencias, incluso cuando ello resulte del proceso de reorganización integral del organismo.

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

INTERPRETACION DE LA LEY

El impulso a la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, sumado al principio pro homine determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana; y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales".

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

-El juez Rosenkrantz, en su voto, no adhirió al presente párrafo-

INTERPRETACION DE LA LEY

El trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional y en materia de hermenéutica, con arreglo al principio in dubio pro justitia socialis, la preceptiva debe ser interpretada a favor de quienes, al serle aplicada con este sentido, tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida a través de las cuales es posible a la persona humana desarrollarse según su dignidad.

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

-El juez Rosenkrantz, en su voto, no adhirió al presente párrafo-

DESPIDO

Teniendo en cuenta que frente al supuesto de supresión del cargo por causas objetivas en el marco de una reorganización administrativa el artículo 19 CCT 1453/2015 E confiere a los trabajadores la opción de conservar el empleo mediante la reubicación, la cual es posible no sólo en el ámbito del RENATEA sino también en el de la Administración Pública Nacional, no es irrazonable que la cámara haya optado por una interpre-

tación amplia de la norma en cuestión, declarando la nulidad del acta acuerdo y del acto homologatorio por el cual se desvinculó al actor y ordenando se le reconozca el derecho a ejercer la opción de continuar la relación de empleo mediante la reubicación.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

La Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto había declarado la nulidad del Acta Acuerdo nro. 1 celebrada entre el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) -en liquidación- y la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN), del acto homologatorio de ese instrumento -resolución 287/2016 de la Subsecretaría de Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social- y de la desvinculación laboral del actor. En consecuencia, ordenó que se le reconozca al accionante el derecho a ejercer la opción de continuar la relación de empleo mediante la reubicación (fs. 326/333 del expediente principal, al que me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario).

El tribunal expuso que la controversia consiste en determinar si el trabajador tiene derecho a ejercer la opción prevista en el artículo 19 del Convenio Colectivo de Trabajo (CCT) 1453/2015 E, homologado por la resolución 228/2015, que dispone, en cuanto resulta pertinente, que, ante la supresión de la dependencia o de las funciones asignadas, el personal puede optar por ser reubicado en el mismo RENATEA y, en caso de no ser posible, en cualquier otro organismo de la Administración Pública Nacional, o ser indemnizado. Apuntó que la disputa se generó a raíz de que ese instrumento fue dejado sin efecto por la cláusula 1 del mencionado acta acuerdo.

Ante todo, señaló que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en su carácter de autoridad de contralor y en ejercicio de las facultades previstas en la Ley 14.250 de Convenciones Colectivas de Trabajo y en la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, homologó el acta acuerdo en crisis y, anteriormente, había homologado el CCT 1453/2015

E. Además, precisó que el RENATEA, cuya liquidación generó el presente conflicto, funcionaba en la órbita de ese ministerio.

En primer lugar, afirmó que los pronunciamientos judiciales dictados en el marco de la causa "Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción de amparo" (expte. 24971/2012) -donde, finalmente, quedó firme la sentencia que declaró inconstitucionalidad de las disposiciones de los artículos 106 y 107 de la Ley 26.727 de Trabajo Agrario- no obligan a derogar de pleno derecho todas las cláusulas del CCT 1453/2015 E. Destacó que, por el contrario, la inconstitucionalidad decretada tuvo como fin tutelar los derechos de los trabajadores afectados por la normativa allí impugnada. En consecuencia, estimó que el trabajador no perdió la protección prevista en el convenio colectivo, por lo que su desvinculación no se encuentra justificada.

En segundo lugar, señaló que la desvinculación laboral de los trabajadores del RENATEA en los términos de la cláusula 3 del acta acuerdo es contraria a los principios protectorio, de progresividad y de no discriminación, que constituyen los pilares del derecho laboral. Esos principios fueron destacados por la Corte Suprema en los precedentes "Aquino" (Fallos: 327:3753), "Vizzoti" (Fallos: 327:3677) y "Madorrán" (Fallos: 330:1989).

En especial, consideró que el CCT 1453/2015 E se ajustó a los estándares establecidos en los precedentes anteriormente citados y a la protección que confiere a los trabajadores el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional. Agregó que ese convenio es coherente con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 25.164 Marco de Regulación de Empleo Público Nacional. Afirmó que, por el contrario, el acta acuerdo impugnada y su homologación implicaron una regresión en los derechos conferidos al accionante en virtud del convenio que regía la actividad. Puntualizó que el acta acuerdo debió respetar los mínimos legales inderogables, conforme lo previsto en los artículos 6 y 7 de la ley 14.250, esto es, las condiciones más favorables estipuladas en los contratos individuales de trabajo.

Por esas razones, concluyó que el acta acuerdo es inválida en cuanto dejó sin efecto la opción prevista en el artículo 19 del CCT 1453/2015 E, por lo que corresponde garantizar la continuidad de la relación laboral de empleo público en los términos de esa convención, no necesariamente en otra repartición del Ministerio de Trabajo, sino a elección de la demandada, en cualquier otro organismo de la Administración

Pública Nacional, con prescindencia de la categoría efectivamente desempeñada hasta entonces.

-II-

Contra esa sentencia, la demandada interpuso recurso extraordinario federal (fs. 335/351) que fue contestado (354/357) y denegado (fs. 359/362), lo que motivó la presente queja (fs. 261/263 del cuaderno respectivo).

Aduce que el recurso extraordinario es procedente en tanto el pronunciamiento apelado cercena los derechos de defensa, debido proceso y propiedad. Sostiene que el tribunal a quo se apartó de las normas de orden público que rigen el caso. Asimismo alega que la sentencia es infundada y no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, por lo que solicita su descalificación con base en la doctrina de arbitrariedad de sentencias. Finalmente invoca gravedad institucional.

Se agravia por cuanto la decisión del *a quo* no respeta las condiciones de ingreso a la Administración Pública establecida en la ley 25.164, pues obliga al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a reubicar, dentro de esa repartición o en cualquier organismo de la administración, a una persona que no fue contratada por el Estado Nacional ni revistió calidad de dependientes de esa cartera ministerial. Agrega que la sentencia en crisis altera el presupuesto autorizado por el legislador, en forma diferenciada, para financiar los gastos correspondientes al personal contratado y permanente.

Afirma que la sentencia es arbitraria en tanto no tuvo en cuenta la solución normativa aplicable el caso. En especial, pone de relieve que la relación de empleo entre las partes se hallaba regulada por la ley 20.744 y que el artículo 19 del CCT 1453/2015 E rigió durante la existencia del RENATEA, pero, una vez disuelto el organismo, lo allí dispuesto es inoponible a ese ministerio. Añade que la desaparición del ente no está contemplada en el artículo 19 del CCT 1453/2015 E que se refiere únicamente a la supresión de cargos. Enfatiza que el organismo dejó de existir en atención a lo resuelto por la Corte Suprema, por lo que la reubicación de los trabajadores se tornó jurídica y fácticamente imposible.

-III-

Considero que el recurso extraordinario fue bien denegado ya que el tema en debate se circunscribe a determinar si las cláusulas 1 y 3

del acta acuerdo nro. 1 y su resolución homologatoria 287/2016 resultan válidas, o si, por el contrario, vulneran los derechos de los trabajadores reconocidos en el convenio colectivo que regía la relación de empleo, esto es, el CCT 1453/2015 E, así como los principios del orden público laboral aplicables. Ese punto remite al estudio de una posible colisión de normas de derecho común, así como también implica el análisis de ciertas cuestiones de índole fáctica, las cuales constituyen materia propia de los jueces de la causa y son ajenas a la instancia del artículo 14 de la ley 48; máxime cuando la sentencia se funda en argumentos no federales que, más allá de su grado de acierto, resultan suficientes para sustentarla e impiden su descalificación como acto judicial (doctr. Fallos: 270:124, "Soria"; 310:1554, "Maturana"; dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa CNT 52304/2010/1/RH1, "Bergonci, Ilda Leonor c/ YPF SA y otros s/ despido", de 20 de noviembre de 2018 y sus citas).

Cabe recordar que la doctrina de la arbitrariedad es de carácter excepcional y no tiene por objeto corregir fallos meramente equivocados, sino aquellos en los que las deficiencias lógicas del razonamiento o la total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el decisorio como sentencia fundada en ley, a la que aluden los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 324:2169, "Saint Romain", 332:2815, "Benítez", entre otros).

Por otra parte, la norma federal que el apelante menciona en el escrito de interposición del recurso como vulnerada por el pronunciamiento en crisis -ley 25.164- no guarda relación directa ni inmediata con lo que ha sido materia de concreta decisión en el pleito (art. 15, ley 48; Fallos: 270:124 cit., 321:1415, "Pereyra", entre otros). En efecto, la mención de esa norma no resulta sustancial para la solución del caso, pues la sentencia apelada funda su postura, principalmente, en la protección reforzada del empleo que el artículo 19 del CCT 1453/2015 E confiere a los trabajadores del RENATEA para el caso de restructuraciones administrativas, mas no afecta la naturaleza de la relación laboral prevista en el convenio aplicable, ni equivale a otorgarle al actor la estabilidad propia que el artículo 14 *bis* garantiza al empleado público.

En el citado caso "Pereyra", la Corte Suprema recordó su doctrina "según la cual para que una cuestión federal resulte atendible por la vía del recurso extraordinario es menester que la cuestión oportunamente propuesta se vincule de una manera estrecha con la materia del litigio, de modo tal que su dilucidación resulte <u>indispensable</u> para la decisión del juicio. Por ello, los fallos que tienen fundamentos no federales suficientes para sustentarse son irrevisables en la instancia ex-

traordinaria, pues la presencia de aquéllos impide considerar otros de índole federal que pudiera contener la sentencia, por falta de relación directa e inmediata (Fallos: 269:43; 292:408; 296:53; 300:711; 304:1699, entre muchos otros). En el sub examine puede repetirse lo afirmado en el precedente de Fallos: 113405: un eventual fallo revocatorio de la Corte sobre la materia federal de la controversia no modificaría en lo más mínimo su conclusión afirmativa basada en los otros fundamentos irrevocables que bastan para decidir el caso" (considerando 7°, el subrayada pertenece al original).

Nótese que el *sub lite*, la cámara confirmó la sentencia del juez de grado que había entendido que el acta acuerdo nro. 1 afecta el principio de irrenunciabilidad que se desprende del artículo 12 de la ley 20.744 -aplicable de manera subsidiaria, Cf. art. 3, CCT 1453/15 E- y el de progresividad que opera en el ámbito del derecho laboral. Dicho magistrado había explicado que, conforme lo estipulado en esa norma de la Ley de Contrato de Trabajo, es nula toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esa ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción. Bajo ese prisma, había concluido que el acta acuerdo en examen, la resolución que lo homologó y las desvinculaciones de los accionantes fundadas en esas disposiciones son nulas en tanto no respetan el derecho de los trabajadores de optar por la reubicación frente a un supuesto de supresión de dependencias y funciones, tal como lo prevé el artículo 19 del convenio colectivo que rige la relación de empleo entre las partes.

En línea similar, la cámara destacó que el acta acuerdo nro. 1 es contraria al principio protectorio, al de progresividad y al de no discriminación, que constituyen los pilares del derecho laboral y surgen del artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional y de la doctrina de la Corte Suprema esbozada en los precedentes "Aquino" (Fallos: 327:3753), "Vizzoti" (Fallos: 327:3677) y "Madorrán" (Fallos: 330:1989). En rigor, resolvió que ese acta acuerdo y su respectiva resolución homologatoria son nulas, pues implicaron una regresión en los derechos conferidos a los accionantes en virtud del artículo 19 CCT 1453/2015 E. Destacó que, por el contrario, el citado convenio colectivo se ajusta a los estándares establecidos en los precedentes anteriormente citados y a la protección que confiere a los trabajadores el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional. Añadió que en el caso el acta acuerdo bajo análisis no observa los mínimos legales inderogables, que deben ser respetados en virtud de los artículos 6 y 7 de la ley 14.250.

En ese marco, entiendo que el *a quo* realizó una interpretación posible de las normas de derecho común aplicables en la especie en función de las circunstancias del caso. Esta exégesis, más allá de su grado de acierto o error, no resulta irrazonable, sin que la mera discrepancia del recurrente pueda configurar un supuesto de arbitrariedad. Ello, máxime cuando la solución a la que arribó la cámara se ajusta a los principios de orden público laboral que rigen la materia, y en particular, al principio protectorio que surge del artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional. Cabe recordar que, según ese precepto constitucional, "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes", lo que incluye al que se desarrolla tanto en el ámbito privado como en el público (Fallos: 330:1989, 'Madorrán"; Fallos: 334:398, "Cerigliano"). La Corte Suprema señaló que el derecho a trabajar, comprende, entre otros aspectos, el derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo (Fallos: 327:3677; "Vizzoti", 330:989 *op. cit.*; en similar sentido, doctr. Fallos: 338:1681, "González"). En especial, precisó que tales exigencias se dirigen primordialmente al legislador, "pero su cumplimiento atañe, asimismo, a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto" (Fallos: 334:398 *op. cit.*, considerando 7 y sus citas).

Sobre esa base, y a la luz del principio protectorio mencionado, y de la regla de irrenunciabilidad establecida en la Ley de Contrato de Trabajo, no resulta arbitraria la sentencia que, en lo sustancial, hizo prevalecer el derecho a la permanencia en el empleo prevista en el artículo 19 del CCT 1453/15 E ante la supresión de dependencias o funciones del organismo -es decir, la opción de reubicación en cabeza del trabajador- que, conforme el artículo 4 de ese convenio, había quedado incorporado a los contratos individuales existentes al momento de su entrada en vigencia, frente a la desvinculación laboral de los amparistas dispuesta de manera directa en virtud del acta acuerdo en estudio, el cual fue celebrado durante el proceso de reorganización administrativa del RENATEA declarado formalmente por el Poder Ejecutivo mediante el decreto 1014/2016.

Asimismo, no se advierte que la cámara haya efectuado una interpretación inadecuada del artículo 19 del CCT 1453/15 E, tal como lo sugiere la demandada, pues la letra de esa norma permite colegir que sus previsiones alcanzan cualquier supuesto de supresión de funciones, cargos o dependencias, incluso cuando ello resulte del proceso de reorganización integral del organismo.

En ese sentido, la Corte Suprema, ha puesto de relieve que el "impulso a la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos" sumado al principio pro homine determinan que "el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales" (Fallos: 330:1989, considerando 8, *op. cit.* y sus citas). Es que, no puede perderse de vista que el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional, y que, en materia de hermenéutica, con arreglo al principio *in dubio pro justitia socialis*, la preceptiva debe ser interpretada a favor de quienes, al serle aplicada con este sentido, tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida a través de las cuales es posible a la persona humana desarrollarse según su dignidad (dictamen de la Procuración General de la Nación a cuyos fundamentos y conclusiones remitió la Corte Suprema en Fallos: 341:954, "Ortiz" y sus citas).

Bajo esas premisas, teniendo en cuenta que frente al supuesto de supresión del cargo por causas objetivas en el marco de una reorganización administrativa el citado artículo 19 confiere a los accionantes la opción de conservar el empleo mediante la reubicación, la cual es posible no sólo en el ámbito del RENATEA sino también en el de la Administración Pública Nacional, no parece irrazonable que la cámara haya optado por una interpretación amplia de la norma en cuestión, de modo tal que se otorgue mayor protección a los trabajadores involucrados.

En suma, la parte recurrente no ha logrado demostrar que el fallo apelado no constituya una aplicación razonada del derecho vigente a las circunstancias comprobadas de la causa, por lo que deba ser dejado sin efecto en virtud de la doctrina de la arbitrariedad.

-IV-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde desestimar el recurso de queja interpuesto. Buenos Aires, 14 de agosto de 2019. *Víctor Abramovich.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación en la causa Escalona, Martín Reynaldo y otro c/ Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) y otro s/ amparo ley 16.986", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, se desestima la presentación directa. Intímese al recurrente para que, en el ejercicio financiero correspondiente, efectúe el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Tómese nota por Mesa de Entradas. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

Carlos Fernando Rosenkrantz (según su voto)– Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Voto del Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz

Considerando:

Que los agravios de la apelante encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal (con exclusión de los párrafos séptimo y décimo del punto III de dicho dictamen), a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se desestima la presentación directa. Intímese al recurrente para que, en el ejercicio financiero correspondiente, efectúe el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Tómese nota por Mesa de Entradas. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso de queja interpuesto por el **Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, demandado en autos**, representado por la **doctora Jorgelina Ariadna Briggs, en calidad de apoderada.**

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal de Esquel.**

LÁZZARI, DERVAL s/ EXTRADICIÓN

EXTRADICION

Si bien existe un planteo de nulidad que el recurrente dirige contra el auto que hizo lugar a la extradición por falta de fundamentación y omisión de tratar cuestiones conducentes, la Corte está habilitado para resolver sobre el fondo del litigio atento a que el procedimiento se encuentra ajustado a derecho y el recurso de apelación bajo consideración comprende el de nulidad por defectos de la sentencia (conf. mutatis mutandi artículo 253 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de aplicación en función de lo dispuesto por el artículo 255 de ese mismo cuerpo legal).

EXTRADICION

Es procedente el pedido de extradición por los cargos de conspiración para cometer fraude electrónico y fraude electrónico, pues contrariamente a lo sostenido por la defensa, los antecedentes acompañados por el país requirente incluyen una relación sumaria de los hechos del delito, de acuerdo a las exigencias del artículo 8° del tratado bilateral que rige este trámite, aprobado por la ley 25.126, sin que se advierta la falta de precisión sobre lo que la parte denomina límite de la acusación y/o

hechos concretos de la imputación extranjera, a partir de lo que afirma habría sido la utilización indistinta de "la terminología hurtar, robar y defraudar", en tanto se observa que las expresiones "hurtar" y "robar" habían sido vertidas para describir la investigación contra el requerido como una maniobra de fraude dirigida a la apropiación indebida de fondos públicos por medios fraudulentos.

EXTRADICION

Es procedente el pedido de extradición por los cargos de conspiración para cometer fraude electrónico y fraude electrónico, pues la inclusión de las declaraciones juradas en el marco del pedido de extradición encuadra en las previsiones del artículo 8, apartado 2°, inciso e del tratado bilateral que rige el trámite, aprobado por la ley 25.126, sin que constituya una exigencia convencional que el país requirente presente en respaldo de su contenido la instrumentación en copias de las pruebas documentales tales como imágenes de las últimas facturas, o e- mails, o alguna captura de pantalla, según pretende la parte recurrente.

EXTRADICION

Corresponde hacer lugar al pedido de extradición por los cargos de conspiración para cometer fraude electrónico y fraude electrónico, pues la parte recurrente se limitó a reproducir el planteo que había esgrimido en el debate sin hacerse cargo de lo resuelto por el juez con base en el artículo 2, párrafo 2°, inciso b del tratado bilateral que expresamente consagra como delito extraditable una conspiración [conspiracy] tal como la define la legislación de los Estados Unidos de América o una asociación ilícita [illicit association] según la define la legislación de la República Argentina, para cometer cualquier delito de los contemplados en el párrafo 1.

EXTRADICION

La referencia que el tratado bilateral aplicable que rige el trámite, aprobado por la ley 25.126, efectúa a la "conspiracy" y a la "asociación ilícita" lejos está de suponer una homologación en el sentido de equiparación de ambos tipos penales, sino que tiene por objeto erigir ambas conductas típicas como figuras autónomas que cada una de las legislaciones contempla de manera expresa en su derecho interno y que, en el tratado que las vincula, consagraron como delito extraditable.

EXTRADICION

A los fines del principio de doble incriminación, la tarea de la subsunción en la legislación nacional presenta ciertas características peculiares, específicas a la naturaleza del proceso de extradición; en efecto, la doble subsunción del hecho no se realiza en un mismo plano, pues mientras que el examen de la adecuación a un tipo legal del país requirente se efectúa sobre la base de un hecho hipotético que ese país pretende probar, el examen de la adecuación del mismo hecho a un tipo legal del país requerido se efectúa sobre la base de que ese hecho, hipotéticamente, cayese bajo su ley, es decir, mientras que para el país requirente la existencia del hecho es hipotética, para el país requerido lo hipotético es que el hecho caiga bajo su jurisdicción.

EXTRADICION

Es procedente el pedido de extradición por los cargos de conspiración para cometer fraude electrónico y fraude electrónico, pues la descripción del hecho en que se sustenta (conspiración para cometer fraude electrónico) encuentra subsunción suficiente en el artículo 210 del Código Penal argentino ya que denota el concierto del recurrente junto a otras personas conocidas y desconocidas, con el propósito colectivo de delinquir.

EXTRADICION

Cabe excluir de la procedencia de la extradición por ausencia de doble incriminación el cargo por conspiración para obstruir la justicia obstaculizando la investigación de un delito federal y con la destrucción de registros, pues sólo incluye como integrante de esa conspiración al requerido junto con un coimputado, de modo tal que no se configura respecto de ese cargo la exigencia del número de intervinientes que contempla el artículo 210 del Código Penal argentino.

EXTRADICION

Es procedente el pedido de extradición por los cargos de conspiración para cometer fraude electrónico y fraude electrónico, pues las referencias obrantes en la declaración jurada de la Fiscal Auxiliar de los Estados Unidos cumplen con la exigencia del artículo 8°, inciso 2°, apartado d del tratado bilateral aplicable -ley 25.126-, según el cual la solicitud de

extradición estará acompañada –entre otros- por una declaración que ni la acción penal ni la pena han prescripto conforme a la legislación del Estado requirente.

PROCEDIMIENTO DE EXTRADICION

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 juez de la causa ponga en su conocimiento el tiempo de privación de libertad al que estuvo sujeto el requerido en el trámite de extradición, con el fin de que las autoridades jurisdiccionales competentes extranjeras arbitren las medidas a su alcance para que ese plazo se compute como si el extraditado lo hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento.

PROCEDIMIENTO DE EXTRADICION

Si bien el tratado bilateral -aprobado por ley 25.126- no contempla la cuestión de salud ni como supuesto de improcedencia del pedido ni para el aplazamiento de la entrega, ello no implica que el país requirente no deba ser debidamente informado del estado de salud del requerido con el fin de que, a todo evento y de avanzarse con la entrega, se arbitren las medidas del caso para que el traslado y la eventual permanencia del requerido en jurisdicción del país requirente esté rodeado de las medidas necesarias que contemplen su estado de salud.

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

Contra la sentencia dictada por el Juzgado Federal de Junín, provincia de Buenos Aires, que concedió la extradición de Derval Eduardo L por los delitos de conspiración para cometer fraude electrónico, fraude electrónico y conspiración para obstruir la justicia, requerida por las autoridades de los Estados Unidos de América, la defensa interpuso recurso ordinario de apelación, que fue concedido a fojas 482.

A fojas 496/506 el defensor presentó el memorial del que V.E. corrió vista a este Ministerio Público.

-II-

Resumidamente, el recurso ante V.E. se funda en los siguientes agravios: 1) que no es adecuada la reseña de los hechos ni la documentación acompañada para acreditarlos y no se hizo lugar a la producción de prueba para lograrlo; 2) que no se cumple con el requisito de la doble subsunción; 3) que la aludida insuficiencia probatoria ha impedido determinar si algunos hechos están prescriptos, su naturaleza política o la existencia de un propósito persecutorio; 4) que tampoco se brindaron las garantías contenidas en el artículo ll, inciso "e", de la ley 24767; y 5) que no se tuvo en cuenta el estado de salud del requerido a los fines de aplazar la concesión de la extradición.

-III-

Por su estrecha vinculación, se considerarán aquí de modo conjunto los agravios l) y 3). Aduce la defensa que el pedido formal de extradición es defectuoso por cuanto carece de una adecuada descripción de los hechos que se reprochan a L, lo que impide saber cuáles se le imputan y si las acciones correspondientes a algunos de éstos pudieran estar prescriptas; o su carácter político por el trato desigual respecto de otro imputado en cuanto a la fianza, o persecutorio por las políticas de las actuales autoridades del Estado requirente.

Sin embargo, considero que el primer aspecto del agravio resulta improcedente pues, muy por el contrario, en lo que se refiere a los hechos que constituyen la base de la requisitoria internacional y conforme la documentación aportada por las autoridades del país requirente, surge que se imputan a L tres cargos, perfectamente determinados tanto en el pedido de arresto provisorio (fs. 1/5) como en el formal pedido de extradición (fs. 150/196).

De allí surge que el primero de ellos consiste en que, aproximadamente, entre los años 2006 y 2012, el requerido junto con otras personas se reunieron con la finalidad de idear un plan y una estrategia para estafar u obtener dinero o bienes mediante facturación electrónica fraudulenta enviada al Departamento de Educación de la ciudad de Nueva York, en infracción de la Sección 1349 del Título 18 del Código de los Estados Unidos. El segundo le imputa que durante ese lapso, junto a sus socios en el crimen y en su calidad de copropietario de las firmas "A R" y "A R", facturó electrónicamente a las escuelas públicas

de dicha ciudad por el mantenimiento y reparación de equipos de refrigeración que en verdad no eran necesarios, no se habrían realizado o que se efectuaron cambios por piezas menos costosas, todo ello en violación a lo dispuesto en la Sección 1343 y 2 también del Título 18. En tercer lugar se atribuye a L, por un lado, haber gestionado con un cómplice durante la etapa de investigación (años 2012 y 2013) que un proveedor de documentos destruyera pruebas que involucraban a sus firmas y, asimismo, hacer declaraciones falsas y engañosas durante la investigación, lo cual ha sido considerado violatorio de las Secciones 1512 (b) (3) y (k), 1519 y 371 del mismo Título 18 del mencionado código.

Como puede apreciarse, se acompañó información suficiente sobre los acontecimientos que motivan el pedido de entrega del nombrado (modo, lugar y tiempo), satisfaciendo de esta forma la exigencia convencional y, además, los estándares fijados por V.E., ya que cumple con la finalidad de brindar certidumbre al extraditable sobre los hechos por los cuales habrá de defenderse en el marco del proceso que se le sigue en el Estado requirente (Fallos: 324:1557). En tal sentido, el Tribunal ha resuelto que no es requisito del tratado aplicable a estas actuaciones que la conducta delictiva deba tener una fijación temporo-espacial delimitada en un día, hora y domicilio específico, sino que es suficiente su ubicación en un lapso y en un lugar, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso (Fallos: 330:2065). Este conocimiento del proceso judicial extranjero, por lo demás, ha sido admitido por el propio *extraditurus* en las audiencias de fojas 47/49 y 471/74.

En las condiciones descriptas, es pertinente recordar que el tratado aplicable establece en su artículo 8.1.b que la solicitud debe estar acompañada por "una relación sumaria de los hechos del delito y una breve exposición de las etapas procesales cumplidas", aspectos que se encuentran suficientemente cumplidos, inclusive, con lo que surge de las declaraciones de la fiscal auxiliar Andrea M. Griswold y del alguacil auxiliar Jorge Betancur (fs. 199/206 y 231/39). En igual sentido se expidió la Sala II de la Cámara Federal de La Plata al confirmar el rechazo de la nulidad planteada (ver apartado V de su resolución del 8 de agosto de 2017, en el incidente respectivo que corre como agregado).

En un contexto así calificado, las consideraciones que efectúa la defensa en torno a la intervención de L en los hechos investigados, a que se le imputa un delito con fundamento en prueba insuficiente y manipulada, a la ausencia de elementos de juicio que justifiquen vincularlo al delito de fraude electrónico y la falta de demostración sobre la forma en la que habría perjudicado a la administración pública del país solicitante, exceden del objeto del proceso de extradición y even-

tualmente han de ser esgrimidas ante la jurisdicción estadounidense porque, como es sabido, este procedimiento no reviste el carácter de un verdadero juicio criminal, ni envuelve el conocimiento del proceso en el fondo, como tampoco implica decisión alguna sobre la culpabilidad o inculpabilidad del *extraditurus* en los hechos que dan lugar al reclamo (Fallos: 311:1925, citado en Fallos: 324:1557; 338:1551, entre muchos otros).

Lo anterior también determina la improcedencia del agravio referido a la falta de apertura a prueba en estas actuaciones, pues las cuestiones vinculadas a la valoración de los elementos de juicio obrantes en las actuaciones donde se ha librado el pedido de extradición, son ajenas a este proceso y deben ser planteadas ante los jueces naturales del Estado requirente (Fallos: 329:1245 y 2523, entre otros).

Resta añadir para concluir con el tratamiento de los agravios examinados en este apartado, que la invocación del posible carácter político de los delitos por los que se solicita la entrega de L, o la existencia de propósitos persecutorios, sobre la base del diverso monto de la fianza fijada para otro imputado en la misma causa por las autoridades judiciales del Estado requirente o de las políticas de las actuales autoridades a cargo de su Poder Ejecutivo (ver fs. 503), carece de la mínima fundamentación necesaria para su consideración a los fines pretendidos, máxime cuando tampoco se advierten razones que autoricen a estimar acreditados los supuestos impedientes del artículo 4.3 del tratado aplicable o del artículo 8 de Ley de Cooperación Internacional 24767.

-IV-

En cuanto al cuestionamiento referido a que no se verifica el requisito de la doble incriminación con relación a los delitos de conspiración para cometer fraude electrónico y de fraude electrónico, por cuanto la conspiración para formar una asociación ilícita no constituye delito en nuestro país y el fraude electrónico, expresado del modo genérico en que se lo hace en el pedido de extradición, tampoco abastece dicha exigencia.

El examen de este agravio obliga a recordar que la configuración del presupuesto de la doble incriminación no exige identidad normativa entre los tipos penales en que las partes contratantes subsumieron los hechos que motivan la entrega reclamada, pues lo relevante es que las normas penales de los países requirente y requerido prevean y castiguen en sustancia la misma infracción (Fallos: 329:4891, entre muchos

otros) y para esta constatación el juez de la extradición no está limitado por el *nomen iuris* del delito (Fallos: 284:459 y 315:575). Es doctrina de V.E. que la doble subsunción que exige la aplicación de este principio no se realiza en un mismo plano, pues mientras que el examen de la adecuación del hecho a un tipo legal del país requirente se efectúa sobre la base de un hecho hipotético que el país requirente pretende probar, el examen de la adecuación del mismo hecho a un tipo legal del país requerido se efectúa sobre la base de considerar que ese hecho, hipotéticamente, cayese bajo la ley del país requerido (Fallos: 317:1725).

Lo decisivo es, entonces, la coincidencia en la "sustancia de la infracción" (Fallos: 326:4415). Este criterio, por lo demás, es el previsto en el artículo 2.3 del tratado bilateral aplicable, en cuanto determina que "un delito será extraditable independientemente de que: (a) las leyes de las Partes tipifiquen o no las acciones u omisiones que constituyen el delito dentro de la misma categoría de delito o denominen o no el delito con la misma terminología...".

De acuerdo con esas pautas y sin perjuicio de la salvedad que se expresará, entiendo que las acciones ilícitas que se imputan a L se encuentran tipificadas por el ordenamiento argentino.

En lo que incumbe al delito de *conspiracy*, cabe remitirse a lo especialmente previsto por el tratado bilateral, donde se establece que "un delito será extraditable si es punible en virtud de la legislación de ambas partes con la privación de la libertad por un período máximo superior a un año o con una pena más severa" (artículo 2.1), aclarando a renglón seguido que también dará lugar a la entrega "una conspiración tal como la define la legislación de los Estados Unidos de América o una asociación ilícita según la define la legislación de la República Argentina, para cometer cualquier delito de los contemplados en el párrafo l" (artículo 2.2.b).

En este sentido, es oportuno recordar que durante la vigencia del anterior acuerdo bilateral (ley 19764) en el que también se hallaba incluida la figura de asociación ilícita (artículo 2) aunque sin la expresa referencia a su designación en ambos sistemas normativos como el actual, el Tribunal sostuvo que la norma extranjera "halla ajuste suficiente con la que prevé el artículo 210 del Código Penal, al tratarse de una figura autónoma que ambas legislaciones han previsto de manera expresa en su derecho interno y en el tratado que las vincula" (Fallos: 317:109, considerando 7°, y 319:277).

Más recientemente, la Corte también ha entendido en "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312), al analizar los preceptos contenidos en las

normas de derecho internacional, que el instituto anglosajón *conspiracy* es asimilable al de asociación ilícita (ver considerandos 14 a 16 del voto del doctor Petracchi y 49 a 51 del voto del doctor Maqueda - págs. 3363/64 y 3413/16, respectivamente).

Bajo tales criterios, la identidad sustancial exigible a los fines de este proceso surge del cotejo de las normas pertinentes. En efecto, la Sección 1349 del Título 18 del Código de los Estados Unidos prevé que "toda persona que intente cometer un delito definido en este capítulo, estará sujeta a las mismas penalidades que las que se indican para el delito cuya comisión era el propósito del intento o de la conspiración" (fs. 211) y la Sección 371 del mismo título describe que "si dos o más personas conspiran para cometer un delito en contra de los Estados Unidos y una o más de ellas comete un acto para lograr el objetivo fundamental de la conspiración, cada una será multada en virtud de este título o encarcelada durante un período que no supere los cinco años, o ambos" (fs. 213); mientras que nuestro artículo 210 reprime al "que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación...". Si bien de lo transcripto puede interpretarse que la norma argentina adelanta la punición al no exigir la comisión de un acto, ello no obsta al temperamento propuesto, pues la inclusión en la extranjera de mayores elementos típicos que la nacional no obsta a la acreditación del principio de doble identidad (Fallos: 320:1775).

De lo expuesto se sigue que, más allá del menor número de integrantes que prevé la figura penal estadounidense, cuestión que en el caso carecería de efecto desde que la descripción del "primer cargo" alude a la actuación plural de L con "otras personas conocidas y desconocidas" y, en especial, a la intervención de los cómplices "CC-I" y "CC-2" (ver fs. 222/23), lo cierto es que al castigar la reunión de personas con miras a delinquir, la norma resulta esencialmente subsumible a los fines de la extradición a la de asociación ilícita de nuestro Código Penal, máxime considerando que ambas han sido respectivamente consagradas en el tratado aplicable como "delito extraditable" (conf. Fallos: 335:1616).

Con relación al delito de fraude electrónico que se le imputa en el "segundo cargo", el texto de la Sección 1343 del Título 18 del Código Penal de los Estados Unidos' contempla que "cualquiera que, habiendo ideado … un plan ... para obtener dinero o bienes … por medio de pretensiones, representaciones o promesas falsas o fraudulentas, transmita … por medios electrónicos … cualquier señal … con la fina-

lidad de ejecutar dicho plan … será … encarcelado por un período que no supere veinte años…"(fs. 210); y la Sección 2 de ese título describe las respectivas formas de autoría de las infracciones "en contra de los Estados Unidos" (fs. 212). Por su parte, el artículo 172 del Código Penal argentino reprime al "que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño"; mientras el inciso 5° del artículo 174 prevé como agravante la comisión de "fraude en perjuicio de alguna administración pública".

Así las cosas, hasta donde es posible adentrarse en el marco limitado de competencia del procedimiento en curso, debe admitirse que el acuerdo criminal en el cual se imputa haber participado al requerido L habría tenido como fin causar un perjuicio al Departamento de Educación de la ciudad de Nueva York (fs. 221/27 y 231/39), finalidad ésta alcanzada por nuestra figura de fraude en perjuicio de alguna administración pública.

Resta agregar que si bien la acreditación del requisito que se analiza con relación al "tercer cargo", detallado como conspiración para obstruir la justicia obstaculizando la investigación de un delito federal y la destrucción de registros (fs. 224 y sgtes.), no ha sido materia de agravio expreso en el memorial presentado por el recurrente, razones vinculadas con el rol que desempeña este Ministerio Público en procesos de esta naturaleza (art. 25 de la ley 24767), imponen aquí su consideración. Si bien el texto de las normas extranjeras invocadas por el Estado requirente al reseñarlo (Secciones 371, ya aludida, 1512 (b) (3) y (k), y 1519, todas del Título 18 del Código de los Estados Unidos - ver fs. 213/15), permite considerar su identidad sustancial en las previsiones del artículo 210, ya tratado, y con el encubrimiento real previsto en el artículo 277, inciso 1°, apartado "b", ambos del Código Penal argentino, considero que la descripción de las conductas que se le imputan a L bajo este cargo sólo permite estimar su procedencia, a los fines de este proceso, en calidad de instigador -artículo 45 del Código Penal- de los terceros que habrían intervenido a partir de su indicación de eliminar información registrada digitalmente en su compañía ante el requerimiento efectuado por la autoridad del Distrito Escolar de Nueva York en la investigación de los hechos, pues aunque el autoencubrimiento no es punible para la ley argentina, "ese derecho no excluye la responsabilidad por los delitos cometidos en su ejercicio" (Núñez, Ricardo "Tratado de Derecho Penal", Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992, tomo V.II, pág. 175).

En virtud de lo hasta aquí desarrollado, cabe concluir que el recaudo que cuestiona la defensa se encuentra acreditado, con la salvedad indicada en el párrafo precedente respecto del "tercer cargo".

-V-

Por cierto, explicado así el sustento material del pedido de extradición y la subsunción legal de los hechos, a igual conclusión desestimatoria corresponde arribar en cuanto al planteo respecto de la prescripción de la acción.

En efecto, de acuerdo al tratado por el que se rige este pedido de extradición, la legislación del Estado requirente es la relevante para determinar si la acción penal o la pena se encuentran prescriptas, debiéndose presentar con la solicitud "una declaración que ni la acción penal ni la pena han prescripto" conforme a ella (arts. 7 y 8.2.d, ley 25126).

Ese requisito se encuentra debidamente acreditado tanto con el punto 11) de la declaración de la fiscal Griswold, donde concluye que "el enjuiciamiento de los cargos ... no está prohibido por la ley de prescripción" (fs. 202), como con la transcripción de la Sección 3282 del Título 18 del Código de los Estados Unidos (fs. 216). En tales condiciones y por las mismas razones invocadas en el apartado III de este dictamen, no corresponde aquí el análisis que al respecto propone el recurrente.

-VI-

También se queja la defensa por cuanto, a su entender, el Estado requirente no brindó, adecuadamente, las garantías exigidas por el artículo 11, apartado "e", de la ley 24767. Existe, en mi opinión, una confusión en el argumento en cuanto a la aplicación al respecto del tratado bilateral y la ley interna.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal es pacífica y conteste al sostener que, sin perjuicio de la regla de subsidiariedad expresada en el artículo 2 de la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, para aquello que no disponga en especial el tratado que rija la ayuda, la normativa interna -ley 24767- no puede agregar requisitos no incluidos en el acuerdo internacional, pues de esa manera se afectaría el principio *pacta sunt servanda* y las reglas de interpretación fijadas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Fallos: 240:115; 259:231; 319:1464 y 323:3680, entre muchos otros).

Por ello, la extradición debe ser acordada sin otras condiciones que las previstas en el tratado que la rige, porque solamente a falta de ese instrumento es pertinente la aplicación de las reglas establecidas por las disposiciones legales de orden interno, criterio que abreva en la inteligencia de que aquél es un acto emanado del acuerdo de dos Estados y por ende debe privar aun sobre las normas que en la materia consagra el derecho interno (Fallos: 326:4415).

En consecuencia, los requisitos que pueden exigirse al Estado que pide la extradición son únicamente los que, de modo expreso, contempla el tratado, ya que interpretar la cuestión de otra manera implicaría una violación de los compromisos asumidos, situación que podría generar la responsabilidad internacional de la República Argentina, en los términos de la citada Convención de Viena.

El criterio así expuesto cuenta con una larga tradición en la jurisprudencia de la Corte. En tal sentido, se han denegado intentos de incluir requisitos de la ley interna en extradiciones regidas por tratados internacionales como, por ejemplo, lo que debe acompañar al pedido de arresto preventivo (Fallos: 322:1558), o la exigencia de presentar un auto de procesamiento o prisión preventiva (Fallos: 320:1257), o requerirse el compromiso de computar el tiempo de detención en la Argentina (Fallos: 329:1245).

No obstante lo expuesto, 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 juez de la causa ponga en conocimiento del Estado requirente el tiempo de privación de libertad al que estuvo sujeto el requerido en este trámite de extradición (conf. fs. 47 y 70 del expte. principal y fs. 206/7, 252 y 260 del incidente de excarcelación) con el fin de que la autoridad jurisdiccional competente extranjera arbitre 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: 329:1245, considerandos 57 del voto de la mayoría y 50 del de la doctora Argibay; 331:2298, entre otros).

-VII-

Por último, en lo que atañe al aplazamiento de la entrega del requerido con fundamento en su estado de salud, observo que se trata de una cuestión que escapa al examen jurisdiccional y constituye materia que corresponde analizar al Poder Ejecutivo en la etapa de decisión final del trámite de extradición (art. 39, inciso “b”, de la ley 24767). Sólo

agregaré que, en su caso, ello debería resolverse luego de un estudio médico que determine las condiciones, modalidad y ocasión propicia para el traslado (Fallos: 332:1322, voto de la doctora Argibay, que remitió al dictamen de esta Procuración General).

-VIII-

Por todo lo expuesto, solicito a V.E. que confirme la sentencia, con la salvedad indicada en el apartado IV. Buenos Aires, 12 de abril de 2019. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Lázzari, Derval s/ extradición".Considerando:

1°) Que, contra la resolución del juez a cargo del Juzgado Federal de Junín que declaró procedente la extradición de Derval Eduardo Lázzari a los Estados Unidos de Norteamérica por los tres cargos en que sustentó el pedido (fs. 475/477), el requerido y su defensa técnica interpusieron recurso de apelación ordinario (fs. 480/481) que, concedido (fs. 482), fue fundado en esta instancia (fs.494/506). A su turno, el señor Procurador General de la Nación interino solicitó la confirmación del auto apelado con una salvedad en relación a uno de aquéllos (fs. 508/514).

2°) Que, con carácter previo y en relación a la tacha de nulidad que el recurrente dirige contra el auto apelado por falta de fundamentación y omisión de tratar cuestiones conducentes, cabe aclarar que el Tribunal está habilitado para resolver sobre el fondo del litigio atento a que el procedimiento se encuentra ajustado a derecho y el recurso de apelación bajo consideración comprende el de nulidad por defectos de la sentencia (conf. *mutatis mutandi* artículo 253 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de aplicación en función de lo dispuesto por el artículo 255 de ese mismo cuerpo legal y lo resuelto en Fallos: 331:2376, considerando 8°).

3°) Que, sentado ello, cabe señalar que, mediante nota verbal n° 1424, de fecha 13 de diciembre de 2016, la Embajada de los Estados

Unidos de América acreditada en la República Argentina introdujo la solicitud formal de extradición de Derval Eduardo Lázzari con base en el documento Acusatorio Revisado n° S3 14 Cr. 616 (PAC) presentado, el 5 de noviembre de 2015, por el Gran Jurado ante el Juzgado Federal para el Distrito Sur de Nueva York, imputándole tres cargos, según la descripción de los hechos allí incluída y el encuadre típico fijado como "conspiración para cometer fraude electrónico" **(Cargo I),** "fraude electrónico" **(Cargo II)** y "conspiración para obstruir la justicia (a) obstaculizando la investigación de un delito federal y (b) con la destrucción de registros" **(Cargo III)** (conf. fs. 243/244 y 249; 175/182 y 164/169 con sus traducciones a fs. 245/248, 221/227 y 210/215, respectivamente).

4°) Que, contrariamente a lo sostenido por la defensa técnica de Lázzari, los antecedentes acompañados por el país requirente incluyen "una relación sumaria de los hechos del delito", de acuerdo a las exigencias del artículo 8° del tratado bilateral que rige este trámite, aprobado por la ley 25.126, sin que se advierta la falta de precisión sobre lo que la parte denomina "*límite de la acusación*" y/o "hechos concretos" de la imputación extranjera, a partir de lo que afirma habría sido la utilización indistinta de *"la terminología hurtar, robar y defraudar"* (fs. 473).

Sobre el particular, no sólo quien recurre no individualizó la situación que refiere con base en las constancias de la causa sino que tampoco surge -ni se explica- el motivo por el cual esas expresiones, que obran en la Declaración Jurada prestada en sustento del pedido de extradición, tanto por la Fiscal Auxiliar de los Estados Unidos Dña. Andrea M. Griswold como por el Alguacil Auxiliar de los Estados Unidos Dn. Jorge Betancur (fs. 153/160 y 186/194, cuya traducción obra a fs. 199/206 y 231/239), deberían tener la entidad que le asigna la parte.

5°) Que, en efecto, una simple lectura de sendas deposiciones refleja que las expresiones "hurtar" y "robar" fueron vertidas para describir la investigación contra Lázzari como una maniobra de "fraude" dirigida a la apropiación indebida de fondos públicos por medios fraudulentos. Así, al referir ambos que el caso involucra el "alegado hurto de dinero de las escuelas públicas de la Ciudad de Nueva York por medios fraudulentos" ["alleged theft of monies from the New York City schools through fraudulent means"] (fs. 154 y 187 con su traducción a fs. 220 y fs. 232, respectivamente). Y agregar el segundo de ellos que

"Lázzari conspiró con otras personas para robar más de $2 millones de moneda estadounidense asignado a las escuelas púbicas de la ciudad de Nueva York. En particular, bajo la dirección de Lázzari y sus cómplices, Acme [por la empresa con cuya copropiedad y administración se vincula al requerido] facturó en exceso al DOE [en referencia al Departamento de Educación de la Ciudad de Nueva York] por piezas y servicios que eran innecesarios, nunca se instalaron o para lo cual Acme instaló piezas mucho menos costosas" (conf. traducción a fs. 232/233, del original a fs. 187 que utiliza el verbo "to steal").

6°) Que, por lo demás, la inclusión de ambas Declaraciones Juradas en el marco de este pedido de extradición encuadra en las previsiones del artículo 8, apartado 2°, inciso "e" del mismo instrumento bilateral sin que constituya una exigencia convencional que el país requirente presente en respaldo de su contenido la "instrumentación en copias de las pruebas documentales" (fs. 497 y 501), tales como "imágenes de las últimas facturas, o e- mails, o alguna captura de pantalla" (fs. 497), según pretende la parte recurrente.

7°) Que a lo expuesto cabe agregar que, contrariamente a lo sostenido por el recurrente a fs. 501, en las circunstancias del caso, la Acusación Revisada S3 referida en el considerando 3° es la pieza procesal que cumple con las exigencias del artículo 8°, apartado 3° inciso "b" del Tratado de Extradición suscripto con los Estados Unidos de América, aprobado por ley 25.126, según el cual "La solicitud de extradición de una persona que es reclamada para ser imputada también estará acompañada por: (a) … (b) "si existiere, una copia del auto de procesamiento ["charging document" en la versión americana] contra la persona reclamada" (conf. sentencia del 3 de marzo de 2020 en la causa FCB 18256/2013/CS1 "Ramírez, Marcelo Gastón s/ extradición", considerando 12).

8°) Que, en otro orden de ideas, carece de fundamentación mínima la sola invocación de que el país requirente tiene como estructura delictiva autónoma la "conspiración" y que "la diferencia es que en Argentina no son punibles los actos preparatorios" y que "incluso contamos en nuestro país con la posibilidad de un desistimiento voluntario impune, razones éstas que nos separa de la conformación cargosa intentada, sin poder encontrar figuras meramente aproximadas a las pretensiones acusatorias y punitivas del país requirente" (fs. 494/506 aquí fs. 498/498 vta.).

En efecto, al así agraviarse, la parte recurrente se limitó a reproducir el planteo que había esgrimido en el debate (fs. 471/474, aquí fs. 473) sin hacerse cargo de lo resuelto por el juez a fs. 476 con base en el artículo 2, párrafo 2°, inciso "b" del tratado bilateral que expresamente consagra como "delito extraditable" "una conspiración" ["conspiracy"] tal como la define la legislación de los Estados Unidos de América o una asociación ilícita ["illicit association"] según la define la legislación de la República Argentina, para cometer cualquier delito de los contemplados en el párrafo 1".

9°) Que, además, el Tribunal ya ha señalado que la referencia que el tratado aplicable efectúa a la "conspiracy" y a la "asociación ilícita" lejos está de suponer una "homologación" -en el sentido de equiparación- de ambos tipos penales, sino que tiene por objeto erigir ambas conductas típicas como figuras autónomas que cada una de las legislaciones contempla de manera expresa en su derecho interno y que, en el tratado que las vincula, consagraron como "delito extraditable" (Fallos: 335:1616 "Veniero" considerandos 9° y 10).

10) Que a lo expuesto cabe agregar que, según ha reiteradamente sostenido la Corte Suprema, a los fines del principio de "doble incriminación", la tarea de la subsunción en la legislación nacional presenta ciertas características peculiares, específicas a la naturaleza del proceso de extradición. En efecto, la doble subsunción del hecho no se realiza en un mismo plano, pues mientras que el examen de la adecuación a un tipo legal del país requirente se efectúa sobre la base de un hecho hipotético que ese país pretende probar, el examen de la adecuación del mismo hecho a un tipo legal del país requerido se efectúa sobre la base de que ese hecho, hipotéticamente, cayese bajo su ley (Fallos: 317:1725). Es decir, "mientras que para el país requirente la existencia del hecho es hipotética, para el país requerido lo hipotético es que el hecho caiga bajo su jurisdicción" (Fallos: 315:575, del considerando 5°).

En tales condiciones, no se trata de trasladar el funcionamiento de la conspiración americana, con sus características de delito "autónomo", al derecho argentino –como parece interpretar el recurrente- sino de ponderar si el hecho en que se sustenta el cargo de "conspiracy" sería típico si cayera hipotéticamente bajo la jurisdicción del foro.

11) Que, así entonces, la descripción del hecho en que se sustenta el **Cargo I** ("conspiración para cometer fraude electrónico") encuen-

tra subsunción suficiente en el artículo 210 del Código Penal argentino ya que denota el concierto del recurrente junto a "otras personas conocidas y desconocidas", con el propósito colectivo de delinquir.

Además, entre esas personas y junto con el recurrente, se identifica, a dos de ellas como "CC-1" y "CC-2" (conf., fs. cit., aquí fs. 175/177 y su traducción a fs. 221/223), lo cual autoriza a tener por cumplido el mínimo de "tres personas" que exige el derecho argentino, extremo que –según ya tiene resuelto el Tribunal- constituye un "elemento de hecho" del tipo penal que integra, en las circunstancias del caso, la "sustancia de la infracción" en tanto el legislador argentino entendió que sólo esa cantidad de intervinientes —"reunión de más de tres personas"— posee vocación para lesionar el bien jurídico protegido (conf. "Garín, Mauricio José" Fallos: 344:21, considerando 17 con cita de lo resuelto el 9 de diciembre de 2009 en la causa CSJ 773/2008 (44-P)/CS1 "Paz, Roxana Marisa s/ extradición", considerandos 5° y 6°. Asimismo, con cita de esta última sentencia del 9 de marzo de 2011 en la causa CSJ 361/2009 (45-F)/CS1 "Fernández Huamán, Samuel s/ extradición", considerandos 9° a 12).

Esa conclusión no podría modificarse por las mayores especificaciones que sobre los distintos intervinientes de la "conspiración" reclama la defensa de Lázzari (fs. 501 vta.), al no tener aquéllas incidencia en la valoración del extremo bajo análisis que sólo exige el tomar parte de una asociación de "tres o más personas".

12) Que, por lo demás, no es posible identificar cuál es el agravio que da sustento a la manifestación del recurrente de que "*no existe la conspiración para conspirar*" ya que el "*fraude electrónico*" sólo existe como "*medio para defraudar*" (fs. 473), teniendo en cuenta que, tal como surge de la reseña de que da cuenta el considerando 3°, ninguno de los cargos incluídos en el pedido de extradición refiere a un supuesto de aquella índole.

13) Que igual defecto de fundamentación se advierte en la referencia a que "*Los cargos I y II podrían infringir el non bis in ídem en el derecho argentino*" (conf. acta de audiencia del debate a fs. 473 y memorial a fs. 498 vta.) siendo que su mera introducción –en términos conjeturales- impide conocer las razones en que se sustenta y en qué medida ello incidiría en alguna causal de improcedencia contemplada por el tratado aplicable.

Sin perjuicio de señalar que, en atención a la etapa procesal por la que atraviesa el proceso extranjero, el punto guarda íntima relación con la valoración que, en relación al acontecimiento delictivo reprochado a Lázzari, vaya a efectuarse en sede extranjera, lo cual excede el marco de competencias asignadas al juez de la extradición ya que constituye una cuestión de fondo en virtud de lo cual sólo la inteligencia del contenido objetivo del injusto de cada una de las disposiciones legales extranjeras comprometidas, y de la subjetividad requerida por el tipo, va determinar si sería viable que una de ellas desplazara -por incompatibilidad- a la que, en apariencia, concurriría con ella.

14) Que, en cuanto a las observaciones que formula el señor Procurador General de la Nación interino en el dictamen de fs. 508/514 en relación al **Cargo III**, cabe señalar que de acuerdo a esa imputación Lázzari es sospechado "desde alrededor de agosto de 2012 hasta alrededor de agosto de 2014" , junto con "otras personas conocidas y desconocidas", porque "se combinaron, conspiraron, confederaron y acordaron junto y entre ellos, para cometer delitos en contra de los Estados Unidos, es decir (a) obstruir la justicia, en violación de las Secciones 1512(b) (3) y (k) del Título 18 del Código de los Estados Unidos y (b) destruir registros, en violación de las Secciones 1519 del Título 18 del Código de los Estados Unidos".

15) Que, empero, la descripción de que da cuenta la Acusación Formal a fs. 178/181 (conf. traducción a fs. 224/227) sólo incluye como integrante de esa "conspiración" al requerido junto con un co-imputado identificado como "CC-4", de modo tal que no se configura respecto de ese cargo la exigencia, referida en el considerando 11 al número de intervinientes que contempla el artículo 210 del Código Penal argentino.

Por ello, cabe excluir ese cargo de la procedencia de la extradición, por ausencia de "doble incriminación", lo que torna inoficioso un pronunciamiento sobre las razones –de diversa índole- esgrimidas por el señor Procurador General de la Nación interino en el dictamen de fs. 508/514, para llegar a la misma conclusión (aquí fs. 512).

16) Que, por otra parte, el Tribunal considera que las referencias obrantes en la Declaración Jurada de la Fiscal Auxiliar de los Estados Unidos Dña. Andrea M. Griswold (fs. cit., aquí fs. 202) cumplen con la exigencia del artículo 8°, inciso 2°, apartado "d" del tratado bilateral aplicable, según el cual la solicitud de extradición estará acompañada –entre otros-

por "una declaración que ni la acción penal ni la pena han prescripto conforme a la legislación del Estado requirente" (fs. 476 vta. *in fine*/ 477).

17) Que, en tales condiciones, excede el marco de competencias del juez de la extradición avanzar en el modo en que las autoridades del país requirente decidieron relacionar los hechos que integran la imputación contra el requerido en relación a los **Cargos I y II** –único al que se atenderá en función de lo dispuesto en el considerando 15- toda vez que compromete la definición de cuestiones propias del ámbito de juzgamiento en términos ya señalados en el segundo párrafo del considerando 13.

18) Que, en otro orden de ideas, ya en Fallos: 330:2065 (L. 1352, L. XLI, ROR "Lus, James Douglas s/solicitud de extradición" sentencia del 8 de mayo de 2007), en el marco de un pedido formulado también por el mismo país requirente que en el sub lite y a la luz del mismo tratado de extradición, el Tribunal desestimó un agravio sustancialmente análogo al esgrimido en autos por violación al principio de proporcionalidad y razonabilidad, con base en la sola comparación de los montos máximos de pena que considera serían los aplicables en una y otra jurisdicción estatal (fs. 499 vta. y fs. 505).

19) Que, por lo demás, es infundado propiciar en el sub lite una declaración de improcedencia con base en la causal del artículo 11, inciso "e" de la ley 24.767 (fs. 503), en tanto el caso ha de regirse por las disposiciones del tratado aplicable (artículo 2°, primer párrafo) que no recoge una previsión en esos términos, lo que diferencia el *sub lite* de lo resuelto en Fallos: 333:1163 "Moshe, Ben Ivgy s/ extradición" invocada por el recurrente.

Sin perjuicio de que 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 -tal como reflejan casos previos de extradición con el país requirente- el juez de la causa ponga en su conocimiento el tiempo de privación de libertad al que estuvo sujeto el requerido en este trámite de extradición, con el fin de que las autoridades jurisdiccionales competentes extranjeras arbitren las medidas a su alcance para que ese plazo se compute como si el extraditado lo hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento (conf. sentencia del 11 de diciembre de 2014 en la causa CSJ 235/2008 (44-S)/CS1 "Sonnenfeld, Kurt Frederick s/ extradición", considerando 8° y sus citas).

20) Que, a diferencia de las circunstancias que regían en la causa CSJ 254/2008 (44-R)/CS1 "Reichelt, Víctor Jorge s/ extradición", resuelta el 15 de junio de 2010, invocada por la defensa del requerido a fs. 504 vta., el tratado bilateral no contempla la cuestión de salud ni como supuesto de improcedencia del pedido ni para el aplazamiento de la entrega.

Ello no implica que el país requirente no deba ser debidamente informado del estado de salud del requerido con el fin de que, a todo evento y de avanzarse con la entrega, se arbitren las medidas del caso para que el traslado y la eventual permanencia del requerido en jurisdicción del país requirente esté rodeado de las medidas necesarias que contemplen su estado de salud. Cuestión, por lo demás, que prima facie no debería presentar mayores dificultades si se tiene en cuenta que la "precaria salud" del requerido que invoca su asistencia técnica se basa en "problemas cardiovasculares", "secuelas de ACV" y "rehabilitaciones traumatológicas" que constituyen dolencias preexistentes al año 2013, fecha en la cual el requerido se trasladó desde el país requirente a la República Argentina, luego de más de veinticinco (25) años de permanencia allí.

21) Que, además, es infundado el temor de discriminación esgrimido por el requerido a fs. 503, a partir de la sola invocación de su "condición de latino", ya que nada se dice sobre la razón por cual ello debería ser así teniendo en cuenta que Lázzari detenta -junto con la argentina- la nacionalidad del país requirente (conf. constancias a fs. 3, 47 y 232).

22) Que, en cuanto al planteo de inconstitucionalidad del artículo 3° del tratado aplicable en virtud del cual "La extradición y entrega de la persona reclamada no serán denegadas en virtud de ser ésta nacional de la Parte requerida", esgrimido durante el debate (fs. 474), la parte sólo se limitó a referir al punto en la reseña de antecedentes que efectuó en el memorial en esta instancia (fs. 500), mas no incluyó crítica alguna a las razones brindadas por el juez apelado para desestimar el agravio a fs. 477, lo cual conduce a descalificar la pretensión de la defensa por falta de fundamentación.

Por lo expuesto, de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino, el Tribunal resuelve: declarar procedente la extradición de Derval Eduardo Lázzari a los Estados Unidos de Norteamérica únicamente por los

cargos I ("conspiración para cometer fraude electrónico) y **II** ("fraude electrónico) en que se sustentó el pedido. Notifíquese, tómese razón y devuélvase al juez para que prosiga con el trámite en los términos de lo aquí resuelto.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso ordinario de apelación interpuesto por **Derval Eduardo Lázzari,** asistido por el **Dr. Darío de Ciervo.**

Tribunal de origen: **Juzgado Federal de Junín.**

VERBITSKY, HORACIO s/ HÁBEAS CORPUS

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso es formalmente procedente con arreglo a lo previsto en el artículo 14 de la ley 48, pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia de un pronunciamiento de la Corte dictado en la misma causa, sobre cuyo alcance los recurrentes fundan sus reclamos y la decisión cuestionada implica un inequívoco apartamiento de lo dispuesto en la anterior intervención en el caso.

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso es formalmente procedente con arreglo a lo previsto en el artículo 14 de la ley 48, pues la decisión recurrida proviene del superior tribunal de la causa y resulta definitiva para los intereses de los apelantes en tanto pone fin a la acción colectiva de hábeas corpus en cuyo marco pretendían esgrimir sus pretensiones actuales.

HABEAS CORPUS

En materia de hábeas corpus el procedimiento exige que se agoten las diligencias tendientes a hacer efectivo su objeto y aunque, en rigor, la

valoración de la idoneidad del curso de acción seguido por los jueces de la causa en cada caso particular, conduce a una cuestión, en principio, ajena a la instancia extraordinaria, corresponde que la Corte intervenga para resguardar la vigencia del instituto cuando la adopción de un criterio determinado puede llegar a frustrar su esencia.

HABEAS CORPUS

La sentencia de la Corte bonaerense que entendió que el mandato que le impartió la Corte en la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146) fue agotado y en consecuencia, remitió la presentación de los defensores departamentales a un juzgado de primera instancia debe ser revocada, pues de mantenerse el sentido de la resolución se estaría obligando a los defensores oficiales recurrentes y al resto de los actores involucrados en este proceso a presentar, en el futuro, sus reclamos acerca de situaciones colectivas estructurales vinculadas con las condiciones de detención de la Provincia de Buenos Aires ante los juzgados de primera instancia de sus respectivas jurisdicciones territoriales, para que sean tramitados y resueltos individualmente, alternativa que se aparta de la forma en la que se afrontó la misma posibilidad en la sentencia dictada por la Corte en el año 2005.

HABEAS CORPUS

La sentencia de la Corte bonaerense que entendió que el mandato que le impartió la Corte en la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146) fue agotado y en consecuencia, remitió la presentación de los defensores departamentales a un juzgado de primera instancia debe ser revocada, pues es dable concluir que el prudente análisis de las circunstancias en juego, que en su momento llevó a la Corte a admitir una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo del reclamo y a implementar un remedio congruente con su alcance, desaconseja volver a transitar un camino que ya fue considerado ineficaz desde una perspectiva enfocada en la entidad y magnitud de las violaciones que -cuando menos- deben comenzar a ser mitigadas, en tanto exceden la eventual promoción de reclamos individuales referidos a situaciones particulares.

HABEAS CORPUS

Debe ser revocada la sentencia de la Corte bonaerense que entendió que el mandato que le impartió la Corte en la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146) fue agotado y en consecuencia, remitió la presentación de los defensores departamentales a un juzgado de primera instancia, pues no puede advertirse qué beneficio implicaría, medido en orden a maximizar la eficiencia del objetivo que se persigue, la propuesta de reemplazar el proceso colectivo originado a partir de la sentencia dictada hace más de dieciséis años por la sustanciación de una nueva acción colectiva de hábeas corpus, a ser resuelta por un órgano judicial acorde a la gravedad de los hechos denunciados.

HABEAS CORPUS

La sentencia de la Corte bonaerense que entendió que el mandato que le impartió la Corte en la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146) fue agotado y en consecuencia, remitió la presentación de los defensores departamentales a un juzgado de primera instancia debe ser revocada, pues la decisión en crisis no presta sustento objetivo suficiente a las razones que motivaron al tribunal a quo a determinar que la faz ejecutiva de la mencionada sentencia dictada in re "Verbitsky" podía darse por finalizada, teniendo en cuenta los reclamos actuales impetrados por los defensores públicos oficiales respecto de los cuales aportaron copiosos elementos de prueba para brindarle apoyo objetivo suficiente sobre la persistencia de la situación de superpoblación en el ámbito carcelario provincial y su crecimiento exponencial.

HABEAS CORPUS

La sentencia de la Corte bonaerense que entendió que el mandato que le impartió la Corte en la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146) fue agotado y en consecuencia, remitió la presentación de los defensores departamentales a un juzgado de primera instancia debe ser revocada, pues ella pretende clausurar el proceso de hábeas corpus colectivo como tal, sin haber ponderado suficientemente el impacto que las medidas practicadas por la corte local habrían tenido, en función de la complejidad de los objetivos fijados en el precedente citado, y sin explicitar de qué manera fue evaluada la eficacia de su implementación, en relación con la permanencia de la situación generadora del conflicto que venían denunciando los actores.

HABEAS CORPUS

Debe ser revocada la sentencia de la Corte bonaerense que entendió que el mandato que le impartió la Corte en la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146) fue agotado y en consecuencia, remitió la presentación de los defensores departamentales a un juzgado de primera instancia, pues el tribunal a quo se ha apartado de la dimensión acordada a la estructuración del proceso de ejecución de la primigenia sentencia emitida en las actuaciones, en cuanto se le encomendó una tarea que debería mantenerse vigente mientras persistan las condiciones carcelarias que obligaron a la firme intervención de la Corte Federal; circunstancia esta última que, a pesar de su trascendencia, no ha sido aclarada en ningún sentido en la decisión que se examina.

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

La reforma constitucional de 1994 reconoció una legitimación activa ampliada para la representación judicial de los derechos de incidencia colectiva y si bien la naturaleza de estos litigios puede conllevar cierta complejidad en la ejecución de sus sentencias, su adecuado cumplimiento entraña un efecto multiplicador en la tutela efectiva de derechos constitucionales (Voto del juez Rosatti).

HABEAS CORPUS

El hábeas corpus es un instrumento para la defensa de derechos de incidencia colectiva en casos donde se esgrimen pretensiones que remiten a bienes jurídicos de valor prioritario (Voto del juez Rosatti).

CARCELES

La intervención de la Corte en el precedente "Verbitsky" (Fallos: 328:1146) no entrañó injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebre del principio de separación de poderes o división de funciones; por el contrario, implicó el necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos gubernamentales (Voto del juez Rosatti).

DERECHOS HUMANOS

La Constitución Nacional, en tanto norma jurídica que reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano, pues de lo contrario, debería admitirse que la Ley Suprema enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último (Voto del juez Rosatti).

CARCELES

La fuerza normativa de la Constitución exige frente a mandatos concretos (tal como el que emerge del artículo 18 al establecer que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas) que el Poder Judicial despliegue una actividad conducente para dirimir –en los casos que se presenten a sus estrados- si existe una violación a dicho mandato, no solo por acción sino también por la omisión de las autoridades encargadas de concretar tal exigencia constitucional y en dicho marco, la adopción de decisiones de naturaleza compleja y estructural deviene imprescindible a fin de garantizar la efectiva vigencia del mandato constitucional en juego y el respeto a los derechos que de él se desprenden (Voto del juez Rosatti).

EJECUCION DE SENTENCIA

La ejecución de sentencias como la establecida "Verbitsky" (Fallos: 328:1146) importa un proceso prolongado y complejo, en cuyo transcurso pueden cambiar los protagonistas iniciales (el universo concreto de afectados con nombre y apellido, que suelen ser reemplazados por otros), y aun las modalidades del agravio originario (algunos problemas pueden solucionarse en el tiempo, pero aparecen otros) manteniéndose –no obstante- el cuadro crítico que promovió la presentación judicial colectiva (Voto del juez Rosatti).

CARCELES

La sentencia de la Corte bonaerense que entendió que el mandato que le impartió la Corte en la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146) fue agotado y en consecuencia, remitió la presentación de los defensores depar-

tamentales a un juzgado de primera instancia debe ser revocada, pues se aprecia que más allá del cumplimiento de los aspectos relativos al plano institucional, el a quo no ha logrado demostrar adecuadamente el cumplimiento cabal del fallo de la Corte desde un plano funcional; asi no ha ponderado en forma suficiente el impacto que las medidas practicadas habrían tenido en función de los objetivos fijados y ha omitido explicar de qué manera fue evaluada la eficacia de su implementación (Voto del juez Rosatti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso interpuesto contra la sentencia de la Corte bonaerense que frente a la presentación realizada por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires resolvió que no debía ser resuelta en el contexto de la ejecución de sentencia correspondiente a la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146), sino que debía ser objeto de un proceso distinto como un nuevo hábeas corpus colectivo y tramitar ante un juzgado de primera instancia no puede prosperar, pues la decisión apelada no es una resolución equiparable a sentencia definitiva y no causa a la parte recurrente ningún agravio de imposible o muy difícil reparación ulterior, ni tampoco decide un punto federal de manera irreversible (Disidencia del juez Rosenkrantz).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso interpuesto contra la sentencia de la Corte bonaerense que frente a la presentación realizada por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires resolvió que no debía ser resuelta en el contexto de la ejecución de sentencia correspondiente a la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146), sino que debía ser objeto de un proceso distinto como un nuevo hábeas corpus colectivo y tramitar ante un juzgado de primera instancia no puede prosperar, pues no se trata de una sentencia definitiva en tanto no se expide sobre la pretensión de fondo contenida en la presentación de los defensores, referida al agravamiento de las condiciones de detención en que se encuentran los reclusos del sistema penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, sino se limita a señalar el tribunal que deberá sustanciar el proceso y dictar la sentencia de fondo (Disidencia del juez Rosenkrantz).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso interpuesto contra la sentencia de la Corte bonaerense que frente a la presentación realizada por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires resolvió que no debía ser resuelta en el contexto de la ejecución de sentencia correspondiente a la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146), sino que debía ser objeto de un proceso distinto como un nuevo hábeas corpus colectivo y tramitar ante un juzgado de primera instancia no puede prosperar, pues no se trata de una sentencia que haya cerrado el acceso a la jurisdicción, ni ha modificado el carácter colectivo de la pretensión, sino que, por el contrario, se limitó a declarar su incompetencia y ordenó la inmediata designación del tribunal que debía conocer en la causa (Disidencia del juez Rosenkrantz).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso interpuesto contra la sentencia de la Corte bonaerense que frente a la presentación realizada por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires resolvió que no debía ser resuelta en el contexto de la ejecución de sentencia correspondiente a la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146), sino que debía ser objeto de un proceso distinto como un nuevo hábeas corpus colectivo y tramitar ante un juzgado de primera instancia es improcedente, pues lo decidido no constituye un manifiesto apartamiento de lo resuelto en la mencionada causa, en tanto allí no se estableció una modificación de las reglas que rigen la competencia originaria de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ni tampoco se consagró un derecho especial a litigar en dicha instancia toda demanda fundada en los derechos de las personas privadas de su libertad; por el contrario, expresamente se preservó el sistema institucional de la provincia en cuanto a la organización de las competencias judiciales (Disidencia del juez Rosenkrantz).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso interpuesto contra la sentencia de la Corte bonaerense que frente a la presentación realizada por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires resolvió que no debía ser resuelta en el contexto de la ejecución de sentencia correspondiente a la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146), sino que debía ser objeto de un proceso distinto como un nuevo hábeas corpus colectivo y tramitar ante un juzgado de primera instancia es improcedente, pues más allá del acierto o desacier-

to de la decisión, ella no constituye un impedimento para la búsqueda de soluciones institucionales a la delicada situación en que se encuentra el sistema carcelario provincial (Disidencia del juez Rosenkrantz).

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso interpuesto contra la sentencia de la Corte bonaerense que frente a la presentación realizada por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires resolvió que no debía ser resuelta en el contexto de la ejecución de sentencia correspondiente a la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146), sino que debía ser objeto de un proceso distinto como un nuevo hábeas corpus colectivo y tramitar ante un juzgado de primera instancia es improcedente, pues la decisión no se expide sobre la pretensión de fondo y no ha denegado en absoluto la pretensión de subsanar las condiciones de detención de las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires, sino por el contrario, designó un tribunal competente para su tramitación y adoptó medidas específicas; por lo que en consecuencia no existe un agravio de difícil o imposible reparación ulterior que torne equiparable a definitiva la resolución impugnada (Disidencia del juez Rosenkrantz).

ACCIONES COLECTIVAS

Las acciones judiciales colectivas sobre fallas estructurales en el sistema penitenciario que generan violaciones sistemáticas de los derechos de los reclusos son casos justiciables y, por lo tanto, deben encontrar una respuesta jurisdiccional efectiva y no solamente exhortaciones o recomendaciones a los demás poderes del Estado o declaraciones generales que testimonien la existencia de los problemas cuya solución se solicita a los tribunales y con independencia del tribunal o tribunales que deban concurrir en la toma de decisiones, los remedios judiciales deben tener un efecto concreto y directo sobre el factor generador de superpoblación carcelaria (Disidencia del juez Rosenkrantz).

CARCELES

La resolución del terrible problema de las fallas estructurales del sistema carcelario requiere una respuesta judicial, pues no debe olvidarse que en un estado de derecho existe una especial responsabilidad por la población privada de su libertad, que no puede quedar indefinidamente

postergada a la espera de la reacción legislativa o ejecutiva (Disidencia del juez Rosenkrantz).

CARCELES

La garantía federal de los derechos que asisten a las personas privadas de su libertad debe articularse con el respeto a las facultades judiciales reservadas por la provincia cuando sus tribunales son llamados a evitar su vulneración o a poner fin a situaciones en que ello ya ha ocurrido, de conformidad con la forma en que la Constitución Nacional organiza el sistema federal (artículos 1°, 5°, 121, 122 y 123); sin que ello signifique que la Corte resulte ajena a la determinación de si los derechos constitucionales involucrados en las situaciones de detención se hallan vulnerados o a la evaluación de la eficacia de los remedios que eventualmente se ordenen (Disidencia del juez Rosenkrantz).

CARCELES

Las autoridades de los tres poderes del Estado provincial en el marco de su propio ordenamiento institucional deben actuar de manera coordinada, pero sobre todo efectiva, para atacar la falla institucional que específicamente opera como factor causal de la sobrepoblación carcelaria y de la degradación de la vida de los reclusos que es su directa consecuencia (Disidencia del juez Rosenkrantz).

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires desestimó una presentación realizada por defensores departamentales en el legajo de ejecución del *habeas corpus* "V " (Fallos: 328:1146), y la remitió al Juzgado de Garantías nro. 2 de La Plata (fs. 104/107).

Contra esa resolución, la parte actora interpuso recurso extraordinario federal (fs. 113/132) el que declarado inadmisible (fs. 287/289), motivó esta presentación directa.

-II-

Para una mejor comprensión de la cuestión traída a conocimiento, estimo conveniente reseñar brevemente el trámite de la causa.

1. El 10 de julio de 2014, diecisiete defensores departamentales integrantes del Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires se presentaron ante la Suprema Corte de Justicia de esa provincia, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, en el legajo de ejecución del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 3 de mayo de 2005 en el *habeas corpus* colectivo "V " (ft. 75/86).

Denunciaron la persistencia de la violación de los estándares que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró aplicables a las condiciones de detención, el agravamiento comparativo de la situación de hacinamiento respecto de la que existía en 2005, el incumplimiento de puntos resolutivos de la sentencia citada y el retroceso en la etapa ejecutiva.

En ese sentido, afirmaron que el número de personas detenidas en las cárceles y establecimientos policiales bonaerenses exhibe una alarmante tendencia ascendente, lo que provoca niveles de sobrepoblación cada vez mayores y un agravamiento crónico de las condiciones de detención de sus asistidos. Explicaron que luego del período de descenso que siguió a la ejecución del fallo "V " la población carcelaria retomó su ritmo creciente y superó la marca histórica que había motivado aquella sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Señalaron que la resolución nº 642 del Ministerio de Seguridad provincial, que ordenó la rehabilitación de los calabozos ubicados en dependencias policiales que habían sido clausurados y autorizó el alojamiento de aprehendidos y detenidos hasta que tuvieran cupo en unidades del Servicio Penitenciario Bonaerense, constituye un alzamiento contra lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sostuvieron que los informes de los Comités Departamentales presentados ante la Secretaría de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia bonaerense durante el proceso de ejecución de la sentencia, así como de los informes del Consejo de Defensores en materia de hacinamiento y salud que acompañaron, dan cuenta de las condiciones ominosas en que se cumplen las privaciones de libertad en la provincia. De esos documentos surge, en particular, la insuficiencia crónica de las prestaciones sanitarias y de alimentos, el déficit en la higiene y el deterioro de los establecimientos, y las deficiencias en las herramientas de tratamiento y el personal penitenciario.

Por Otta parte, expresaron que la provincia de Buenos Aires carece de una ley que establezca un criterio objetivo pata determinar la capacidad operativa de las cárceles y un mecanismo para resolver situaciones de sobrepoblación.

Finalmente, los defensores departamentales propusieron una serie de medidas que a su criterio sirven para avanzar en la ejecución del fallo "V ". En particular solicitaron a la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires: (a) que ordene al Poder Ejecutivo provincial informar la capacidad operativa asignada a cada cárcel y el nivel actual de ocupación; (b) que exhorte al Poder Legislativo provincial para que adecúe la legislación a los estándares internacionales aplicables a la detención de personas y, específicamente, que sancione una ley que establezca un mecanismo para determinar la capacidad de cada establecimiento y que prohíba alojar detenidos por encima de las plazas existentes; (c) hasta tanto ello ocurra, dicho Tribunal declare la ilegitimidad de las condiciones de detención existentes y disponga la reducción de la población carcelaria en el número necesario para evitar el hacinamiento y el agravamiento de las condiciones de detención; (d) atento al tiempo transcurrido, que cumpla nuevamente al punto 5 del fallo "V ", que ordenó al Poder Ejecutivo presentar amplios informes sobre el estado de las cárceles; (e) que reitere la instrucción dada en el punto 4 del fallo para que los jueces provinciales no expongan a los detenidos a condiciones de detención indignas que impliquen un trato cruel o degradante; (f) que supervise la utilización de mecanismos alternativos a la prisión; y (g) que ordene la clausura progresiva y definitiva de los calabozos ubicados en dependencias policiales.

2. El 11 de julio de 2014, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires desestimó la presentación por simple decreto al entender que la ejecución del caso "V " estaba concluida. En consecuencia, remitió las actuaciones a la cámara de apelaciones de La Plata para que sorteara el juzgado de garantías que debería conocer en lo que consideró una nueva acción colectiva de *habeas corpus* correctivo (fs. 87).

3. Contra ese decreto, se promovió incidente de nulidad. En lo sustancial, argumentaron que el Presidente del tribunal carecía de competencia funcional para dictar la resolución cuestionada, la cual constituía una sentencia definitiva o una declaración de incompetencia, por lo que debió ser resuelta por la mayoría del órgano (fs. 98/102).

4. El 29 de julio de 2014, la Suprema Corte bonaerense, con el voto de cuatro de sus integrantes, desestimó el planteo de nulidad y ratificó

el decreto del Presidente en todos sus términos (fs. 104/107). Luego de señalar que conforme a normas locales de procedimiento las resoluciones de ese tribunal no son susceptibles de planteos de nulidad, desarrolló dos argumentos de fondo.

En primer lugar, afirmó que en su resolución del 19 de diciembre de 2007 (agregada a fs. 134/42) "se dio por concluido en el estricto ámbito jurisdiccional del Tribunal lo atinente al trámite de la causa P. 83.909 caratulada '*V Horacio s/Habeas corpus*'". Allí se declararon cumplidos los puntos resolutivos 3 y 7 del fallo, relativos al cese de la detención en comisarías de niños y enfermos y a la adecuación de la legislación procesal en materia de excarcelaciones. Respecto del punto 4 de dicha sentencia señaló que, "en razón de que el mandato orientado a prevenir y evitar todo trato indigno de detenidos refiere a un vastísimo universo de situaciones en constante fluctuación", el tribunal creó la Subsecretaria de Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad "como modo de implementar un adecuado seguimiento del problema en cuestión". Agregó que, a partir de allí, las diversas presentaciones realizadas en la causa se "encauzaron por las vías pertinentes" en particular en el ámbito de la Secretaría de Asuntos Institucionales. Por último, señaló que el 21 de diciembre de 2012 se unificaron todos los trámites administrativos e institucionales a la ejecución del fallo en un único legajo ante la Subsecretaría de Derechos Humanos (Expte. SDH 105/11 -Actuaciones Institucionales derivadas de la causa P. 83.909) (resolución agregada a fs. 253/255). Por todo ello, el superior tribunal provincial reiteró su criterio relativo a la conclusión en el ámbito jurisdiccional del Tribunal del trámite regular de la causa P.83909.

En segundo lugar, para el supuesto en que se entendiera que los defensores departamentales habían intentado una acción primaria de *habeas corpus* colectivo, el tribunal recordó que carecía de competencia originaria en la materia. En consecuencia, remitió la presentación a un juzgado de primera instancia.

-III-

Contra dicha decisión, los integrantes del Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos - Aires interpusieron recurso extraordinario federal, que declarado inadmisible motivó esta presentación directa.

Los defensores departamentales alegan que la resolución de la Suprema Corte bonaerense del 29 de julio de 2014 constituye una sentencia definitiva en tanto declara finiquitada la ejecución del fallo "V ".

Además, afirman que en cualquier caso sería equiparable a tal, pues los obliga a transitar etapas ya cumplidas en la causa subsiste el agravamiento constante y progresivo de las condiciones de detención de sus asistidos, lo que les ocasiona un gravamen actual y de imposible reparación posterior.

Aducen que existe cuestión federal suficiente porque la decisión de la Suprema Corte bonaerense afecta directamente la operatividad de la garantía del *habeas corpus* reconocida en el artículo 43 de la Constitución Nacional; y porque está en tela de juicio la interpretación del alcance de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Afirman, asimismo, que existe un supuesto de gravedad institucional que habilita la instancia extraordinaria con prescindencia del cumplimento de recaudos formales. En este sentido, señalan que la corte local renunció a la jurisdicción que le fue encomendada para la ejecución del fallo, en un momento en que recrudecieron las condiciones de detención en la provincia.

Asimismo, los defensores departamentales sostienen que la decisión del tribunal provincial es arbitraria por falta de motivación y porque incurre en autocontradicción. Argumentan que de la resolución del 19 de diciembre de 2007 -a la cual la corte provincial se remitió para afirmar que el trámite de la causa estaba concluido en el ámbito estrictamente jurisdiccional- no se desprende la clausura de la etapa de ejecución, pues allí la misma corte reconoció que seguía pendiente la necesidad de garantizar la adecuación de las condiciones de detención a los estándares aplicables y estableció diagnósticos y pautas programáticas para lograr ese objetivo.

A continuación, los apelantes realizan una pormenorizada reseña de las presentaciones efectuadas por distintos organismos y las decisiones jurisdiccionales adoptadas con posterioridad a aquella resolución, lo que a su entender demuestra la continuidad de la ejecución del *habeas corpus* “V. “.

Finalmente, se agravian porque la decisión impugnada desnaturalizó la garantía reconocida en el artículo 43 de la Constitución Nacional al remitir una presentación que se dirigía a impulsar la ejecución del *habeas corpus* “V “ a un juzgado de primera instancia. Sostienen que un juez de garantías no podría ejercer facultades de superintendencia sobre la totalidad de los jueces y tribunales de la provincia de Buenos Aires ni podría brindar una respuesta amplia y abarcadora al problema estructural de las condiciones de detención en la provincia, la que solo puede ser arbitrada por la acción de los tres poderes del estado.

Por ello alegan que la presentación ante la Suprema Corte bonaerense es la vía más idónea para tutelar los derechos de sus asistidos.

-IV-

En mi entender el recurso extraordinario fue mal denegado toda vez que resulta formalmente procedente pues la sentencia impugnada al rechazar la presentación de la recurrente dejando cerrada la posibilidad de que el máximo tribunal local trate este proceso provoca un gravamen de imposible reparación ulterior, por lo que es de aquellas que han de ser equiparadas a una sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48.

Asimismo, existe cuestión federal porque se encuentra en tela de juicio el alcance de un pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación en el que los recurrentes fundan su pretensión (Fallos; 253:118; 307:468 y 1948; 310:1129). Asimismo, cuestionan la inteligencia del artículo 43, párrafo 2° de la Constitución Nacional, y la sentencia ha sido contraria al derecho que la parte fundó en esa norma (artículo 14, inciso 3° de la ley 48).

Respecto de la causal de arbitrariedad invocada, estimo que se vincula de un modo inescindible con los temas federales cuestionados, por lo que debe ser examinada en forma conjunta (Fallos: 322:3154 y 323:1625).

-V-

La presentación de los defensores departamentales se dirige a tutelar los derechos fundamentales de todas las personas detenidas en la provincia de Buenos Aires frente al denunciado agravamiento de sus condiciones de detención, por lo que -independientemente de la denominación utilizada- constituye una acción colectiva de *habeas corpus* correctivo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.

En efecto, tal como surge de la extensa reseña efectuada en el apartado segundo, los defensores departamentales denunciaron que la situación de hacinamiento y agravamiento de las condiciones de detención en las cárceles y comisarías bonaerenses ha recrudecido en los últimos años y es aún peor que la existente al momento en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en autos “V “ registrado en Fallos: 328:1146.

Teniendo en cuenta que han transcurrido diez años desde aquella resolución y que múltiples factores pueden haber incidido en la confi-

guración de la situación actual descripta, entiendo que la tutela judicial efectiva del colectivo de personas privadas de libertad en esa provincia configura un objeto novedoso y, por lo tanto, un *habeas corpus* correctivo colectivo que requiere un curso procesal independiente

Ello ocurre, por ejemplo, con las pretensiones de que la Suprema Corte local exhorte al Poder Legislativo provincial para que sancione una ley que establezca un criterio objetivo para determinar la capacidad operativa de las cárceles y que, hasta tanto ello ocurra, disponga la reducción de la población carcelaria en el número necesario para evitar el hacinamiento y el agravamiento de las condiciones de detención.

La naturaleza compleja y estructural del fenómeno denunciado demanda un análisis pormenorizado de los remedios que resultan adecuados, con amplia de todos los actores involucrados. Ello es así porque, tal como reconoció la Corte Suprema, "las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso" (Fallos: 328:1146, considerando 26).

En cuanto a la idoneidad de la vía intentada, no logro apreciar con la claridad que postulan los apelantes que la presentación en el marco del proceso de ejecución del *habeas corpus* "V " sea el medio más efectivo para tutelar los derechos que se consideran lesionados.

En este escenario, pienso que encausar la presentación como una acción colectiva de *habeas corpus* correctivo permitirá al órgano judicial correspondiente informarse ampliamente sobre la gravísima situación allí expuesta y, con la intervención de las partes y los demás actores involucrados, discernir los remedios que resulten más adecuados. Ello sin necesidad de que el nuevo proceso deba ajustarse a los parámetros establecidos para la ejecución del caso "V

-VI-

Ahora bien, dada la entidad de las violaciones a derechos fundamentales denunciadas, la extensión de los remedios que se pretenden y la gravedad institucional señalada, considero que la Suprema Corte de Justicia no dio adecuada respuesta al planteo esgrimido por los recurrentes según el cual un juez de garantías no tiene jurisdicción y competencia suficiente para conocer en forma adecuada sobre el agravamiento de las condiciones de detención de todas las personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires y proveer las medidas que se consideran necesarias para solucionar ese problema estructural.

Si bien la interpretación de las normas locales de procedimiento y de organización de la justicia provincial son ajenas a la instancia extraordi-

naria, el tribunal omitió considerar objeciones que eran suficientemente serias como para incidir en la solución del caso (cf. Fallos: 327:5970).

En conclusión, sin perjuicio de lo establecido en normas locales de procedimiento, entiendo que la Suprema Corte de Justicia provincial debe garantizar que la acción colectiva de *habeas corpus* correctivo presentada por los defensores departamentales sea resuelta por un órgano judicial acorde a la gravedad de los hechos denunciados.

Al respecto, vale recordar que para que un recurso judicial sea efectivo "se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, (…) por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Garantías Judiciales en Estados de Emergencia -arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-", Opinión Consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987).

-VII-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar parcialmente procedente el recurso extraordinario, revocar el fallo impugnado en cuanto dispuso remitir la acción colectiva de habeas corpus correctivo al Juzgado de Garantías nro. 2 de La Plata y devolver las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires para que dicte uno nuevo conforme a derecho. Buenos Aires, 5 de junio de 2015. *Irma Adriana Garcia Netto.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 13 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires en la causa Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que los antecedentes del caso, los fundamentos de la resolución del *a quo* y los agravios que sustentaron el recurso extraordinario

interpuesto han sido correctamente reseñados en los acápites II y III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante y a su lectura corresponde remitir por razones de brevedad.

2°) Que el recurso es formalmente procedente con arreglo a lo previsto en el artículo 14 de la ley 48, pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia de un pronunciamiento del Tribunal dictado en esta misma causa, sobre cuyo alcance los recurrentes fundan sus reclamos. Además de ello, como se determinará más adelante, los argumentos que sostienen la decisión cuestionada implican un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por esta Corte en su anterior intervención en el caso (cfr. Fallos: 323:3068; 330:1236; 330:4790, cada uno con sus citas).

Por otro lado, además de provenir del superior tribunal de la causa, la sentencia resulta definitiva para los intereses de los apelantes pues pone fin a la acción colectiva de hábeas corpus en cuyo marco pretendían esgrimir sus pretensiones actuales.

3°) Que de todas las relevantes cuestiones que fueron abordadas en la sentencia dictada por este Tribunal con fecha 3 de mayo de 2005 (publicada en Fallos: 328:1146), la discusión que los recurrentes vienen planteando se vincula con lo dispuesto en el punto cuarto de su parte dispositiva, en cuanto se ordenó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y al resto de los tribunales de la jurisdicción hacer cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importase un trato, cruel inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

Debe recordarse que, en la oportunidad mencionada, este Tribunal consideró que la existencia de superpoblación carcelaria, en los niveles alcanzados y admitidos por las partes durante el transcurso de las audiencias públicas que se desarrollaron en esta sede, afectaba los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de las personas privadas de la libertad y se correspondía con una situación genérica, colectiva y estructural (confr. considerandos 23 y 27 *in fine* de la opinión de la mayoría). Incluso se advirtió, oportunamente, que *"la situación se mantiene y se agrava con el aumento de detenidos informado por el Poder Ejecutivo provincial y se proyecta hacia el futuro inmediato con perspectivas de mayor gravedad"* (ibídem, considerando 31).

Ante esa situación, esta Corte estableció en aquel pronunciamiento ciertos parámetros destinados a diseñar un modelo de solución, con la explícita intención de inaugurar una etapa de búsqueda y ejecución progresiva de los remedios adecuados para lograr la reparación efectiva de tales violaciones constitucionales. Esto último, como bien lo recuerda la señora Procuradora en su dictamen, con la recomendación de que se otorgase amplia participación a todos los actores involucrados, sobre la base de considerar que *"las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso"* (ibídem, considerando 26).

4°) Que, desde la perspectiva del tribunal *a quo*, el mandato que le impartió esta Corte fue agotado, en el ámbito de su competencia, durante el transcurso de los dos años posteriores al dictado del fallo al que se viene haciendo mención, a través de la emisión de las medidas de diversa índole que se detallan en el punto II, parágrafo cuarto, del dictamen de la señora Procuradora. Apoyados en tal premisa, los integrantes de la corte bonaerense entendieron que había concluido *"en el estricto ámbito jurisdiccional"* el trámite del expediente originario, y en consecuencia, remitieron la presentación de los defensores departamentales a un juzgado de primera instancia, considerándola una acción primaria de hábeas corpus respecto de la cual carecían de jurisdicción.

5°) Que ingresando al tratamiento de los agravios planteados por los apelantes, merece ser inicialmente recordada la doctrina del Tribunal en materia de hábeas corpus, que indica que el procedimiento aplicado a esta acción exige que se agoten las diligencias tendientes a hacer efectivo su objeto. Aunque, en rigor, la valoración de la idoneidad del curso de acción seguido por los jueces de la causa en cada caso particular, conduce a una cuestión, en principio, ajena a la instancia extraordinaria, corresponde que esta Corte intervenga para resguardar la vigencia del instituto cuando la adopción de un criterio determinado puede llegar a frustrar su esencia (confr. Fallos: 306:448; 322:2735; 323:4108, entre otros).

Examinados los términos de la sentencia cuestionada, podría inicialmente compartirse -y los recurrentes no lo discuten- que las resoluciones que allí se enumeran responden, en alguna medida, a los objetivos planteados por esta Corte para superar la compleja situación que diera origen al pronunciamiento anterior. Sin embargo, este Tribunal considera que el modo en el que han sido resueltas las pre-

tensiones actuales de quienes ocurrieron a esta instancia, irradia dos importantes consecuencias sobre el proceso de ejecución del hábeas corpus colectivo en el que fue dictada aquella decisión, que se alejan de la obligación de hacer efectiva su finalidad.

6°) Que, en primer lugar y con relevancia esencial, de mantenerse el sentido de la resolución en crisis se estaría obligando a los defensores oficiales recurrentes y al resto de los actores involucrados en este proceso a presentar, en el futuro, sus reclamos acerca de situaciones colectivas estructurales vinculadas con las condiciones de detención de la Provincia de Buenos Aires (como los que constituyen el debate de fondo del *sub lite*) ante los juzgados de primera instancia de sus respectivas jurisdicciones territoriales, para que sean tramitados y resueltos individualmente.

Esa alternativa se aparta de la forma en la que se afrontó la misma posibilidad en la sentencia dictada por esta Corte en el año 2005. Resulta pertinente recordar que, en la oportunidad referida, uno de los argumentos que había escogido el tribunal apelado para denegar la procedibilidad de la acción fue, justamente, que debió haber sido ejercida individualmente ante los magistrados legalmente habilitados, en cada caso concreto (confr. "Verbitsky" citado, considerando 6° del voto de la mayoría, y en igual ubicación, de la disidencia parcial del juez Fayt).

Frente a esa opción, este Tribunal subrayó la necesidad de reconocer la protección judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva involucrados en el hábeas corpus, rechazándose expresamente la posible dispersión de los reclamos al admitirse la acción plural reclamada en beneficio de los intereses de todos los sujetos privados de libertad en el ámbito de la provincia (confr. ibídem Punto VI, considerandos 14 a 19 de la opinión de la mayoría; y considerando 16 de la disidencia parcial del juez Fayt).

Este modo de entender el alcance de las cuestiones involucradas en el caso determinó que, poco más de un año más tarde, se volviera a invocar la doctrina del precedente *"Verbitsky"* para ordenar a las instancias provinciales que otorgaran el mismo tratamiento a un nuevo reclamo colectivo, vinculado con las condiciones de detención de personas alojadas en dependencias policiales (confr. "Defensor General del Departamento Judicial de La Plata", publicada en Fallos: 329:4677).

Bajo esa misma idea, y utilizando una fórmula idéntica, es decir, invocando el carácter autoritativo de la sentencia a la que se ha hecho tantas veces alusión, esta Corte intervino nuevamente en el caso a inicios del año 2010, frente a una presentación articulada directamente ante estos estrados por la parte actora en esos autos. En dicha oportunidad, mediante una providencia emitida por el Presidente del Tribunal, se ordenó poner en conocimiento del órgano jurisdiccional de mayor jerarquía de la provincia demandada las condiciones inhumanas de detención informadas por el organismo recurrente, exhortándolo a que considerase especialmente las cuestiones atinentes a la preservación de la seguridad y de la integridad física de las personas privadas de la libertad, y a la prevención de incendios que pudiesen tener origen en la combustión de materiales en elementos destinados al servicio de los detenidos (confr. auto dictado el 23 de febrero de 2010 en el marco del expediente 2407/2005 *"Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires s/ comunicación jornadas s/ ejecución penal en la Prov. Bs. As. En autos: recurso de hecho -Verbitsky, Horacio"*, obrante en copia a fs. 143).

Como correctamente lo recuerdan ahora los defensores en el escrito que contiene el recurso extraordinario, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires recibió la presentación que le fuera remitida por este Tribunal, y por vía de un proveído firmado por su Vicepresidente, donde se invocó expresamente lo resuelto *in re "Verbitsky"*, dispuso conferir vista al Poder Ejecutivo local para que se expidiera sobre cada uno de los *"incumplimientos"* (así fueron denominados) denunciados por el organismo otrora recurrente (confr. proveído de fecha 25 de marzo de 2010, obrante en copia a fs. 145/145 vta.).

En virtud de tales antecedentes, es dable concluir que el prudente análisis de todas las circunstancias en juego, que en su momento llevó al Tribunal a admitir una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo del reclamo y a implementar un remedio congruente con su alcance, desaconseja volver a transitar un camino que ya fue considerado ineficaz desde una perspectiva enfocada en la entidad y magnitud de las violaciones que -cuando menos- deben comenzar a ser mitigadas, en tanto exceden la eventual promoción de reclamos individuales referidos a situaciones particulares.

7°) Que tampoco puede advertirse qué beneficio implicaría, medido en orden a maximizar la eficiencia del objetivo que se persigue, la

propuesta de reemplazar el proceso colectivo originado a partir de la sentencia dictada hace más de dieciséis años por la sustanciación de una nueva acción colectiva de hábeas corpus, a ser resuelta por un órgano judicial *"acorde a la gravedad de los hechos denunciados"*, expresada por la señora Procuradora en su dictamen (confr. puntos V, último párrafo, y VI, tercer párrafo, de su dictamen).

Por el contrario, de procederse de ese modo, se estaría rehusando la utilidad del caudal fáctico-probatorio reunido en la instancia de origen durante todo este período, del fructuoso aporte de las partes intervinientes y de las prácticas jurisdiccionales que, en mayor o menor medida, han iniciado el proceso de remoción de las indignas condiciones carcelarias que produjeron el estado de cosas que se pretende revertir.

8°) Que, en segundo término, aunque relacionado con el asunto tratado en los dos considerandos anteriores del presente fallo, la decisión en crisis no presta sustento objetivo suficiente a las razones que motivaron al tribunal *a quo* a determinar que la faz ejecutiva de la sentencia dictada *in re "Verbitsky"* podía darse por finalizada. Sobre esta afirmación en particular, corresponde apreciar que los reclamos actuales impetrados por los defensores públicos oficiales en el expediente se vinculan con una situación fáctica que destacaron especialmente, y respecto de la cual aportaron copiosos elementos de prueba para brindarle apoyo objetivo suficiente; a saber: la persistencia de la situación de superpoblación en el ámbito carcelario provincial y su crecimiento exponencial.

Entre las referencias que citaron los defensores para apoyar ese diagnóstico, se destaca por su relevancia el informe final del Cuarto Informe Periódico de Argentina aprobado por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de fecha 31 de marzo de 2010. En ese documento, el organismo mencionado subrayó la importancia de la sentencia dictada por esta Corte *in re "Verbitsky"*, en cuanto a la fijación de *"estándares de protección de los derechos de las personas privadas de libertad"*, aunque se lamentó por la *"falta de medidas para la aplicación efectiva de dichos estándares y que la legislación procesal penal y la práctica en materia de prisión preventiva y en materia penitenciaria a nivel provincial no sean conformes a los estándares internacionales"* (confr. CCPR/C/ARG/CO/4, punto C *"Principales motivos de preocupación y recomendaciones"*, parágrafo 16).

9°) Que durante el tiempo en el que el expediente estuvo radicado en esta sede para su resolución, los recurrentes aportaron copias de un requerimiento de informes emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dirigido por vía diplomática al Estado Nacional con fecha 8 de agosto de 2014 (confr. fs. 373/375), con motivo de una resolución dictada por el Ministerio de Seguridad de la provincia mediante la cual se dispuso rehabilitar el funcionamiento de un número significativo de calabozos ubicados en dependencias policiales de la provincia, levantando la clausura oportunamente dispuesta por esa misma cartera ministerial durante el año 2012 (resolución 642, dictada el 20 de mayo de 2014).

La situación originada a partir de la referida decisión del Poder Ejecutivo provincial condujo finalmente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a adoptar una medida cautelar dirigida al Estado argentino, mediante resolución 31/2016, de fecha 12 de mayo de 2016. De acuerdo a los fundamentos de esa resolución, la Comisión detalló que la Defensoría de Casación de la Provincia de Buenos Aires y la Comisión Provincial de la Memoria habían impulsado sendas peticiones de adopción de medidas cautelares, en relación con la situación de las personas que se encontraban alojadas en seis comisarías ubicadas en la zona sur y la zona oeste del conurbano bonaerense. Luego de relevar las condiciones en las que se cumplía el alojamiento de las personas detenidas en las unidades denunciadas, el organismo consideró consistente la información aportada por los solicitantes durante la sustanciación del procedimiento cautelar en pos de establecer *prima facie* que la vida y la integridad personal de los reclusos se encontraban en situación de riesgo, solicitando al Gobierno nacional la adopción de una serie de medidas necesarias para preservarlas.

Entre los elementos de contexto relevados para apoyar esa conclusión, se tuvo en consideración que, al momento de dictar el fallo *"Verbitsky"*, esta Corte había ordenado la suspensión del alojamiento de personas en sedes policiales, en vista de que tales recintos son centros concebidos para detenciones transitorias que no cuentan con la infraestructura ni los servicios básicos para asegurar condiciones dignas de detención. Sin embargo, la Comisión advirtió que *"luego de la resolución en el fallo Verbitsky y la implementación de diversas acciones, se ha incrementado nuevamente la población de personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires"* (confr. resolución 31/2016 citada, punto III, parágrafo 26 *in fine*).

Para completar el cuadro de situación derivado de la adopción de la medida cautelar reseñada en el párrafo anterior, corresponde agregar que a través de una resolución emitida durante el mes de febrero de 2019, la Comisión Interamericana dispuso ampliar su alcance a otras quince comisarías ubicadas en la Provincia de Buenos Aires, por encontrar suficientemente determinados idénticos riesgos sobre la vida y la integridad personal de las personas allí alojadas. Como factor diferencial en relación con lo dispuesto en la oportunidad anterior, en este caso la Comisión debió enfrentarse con la situación de sedes policiales en las que se alojaban detenidos a pesar de existir resoluciones judiciales que expresamente lo prohibían. Frente a esa circunstancia, el organismo dispuso -entre otras medidas solicitadas al Estado nacional- que se procediera a las clausuras, inhabilitaciones o cierres de las comisarías o dependencias policiales según las valoraciones de las entidades competentes que así lo habían ordenado (confr. resolución 4/2019 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dictada el 11 de febrero de 2019; en particular, punto 64.b).iv. de la parte dispositiva).

10) Que, volviendo al análisis de los cuestionamientos articulados por los recurrentes contra el sentido de lo resuelto, a criterio de este Tribunal, sin que esto implique abrir juicio sobre la solución que en definitiva corresponda adoptar al respecto, la decisión examinada pretende clausurar el proceso de hábeas corpus colectivo *como tal*, sin haber ponderado suficientemente el impacto que las medidas practicadas por la corte local habrían tenido, en función de la complejidad de los objetivos fijados en el precedente "*Verbitsky*" tantas veces citado, y sin explicitar de qué manera fue evaluada la eficacia de su implementación, en relación con la permanencia de la situación generadora del conflicto que venían denunciando los actores.

También en este aspecto se considera que el tribunal *a quo* se ha apartado de la dimensión acordada a la estructuración del proceso de ejecución de la primigenia sentencia emitida en estas actuaciones, en cuanto se le encomendó una tarea que debería mantenerse vigente mientras persistan las condiciones carcelarias que obligaron a la firme intervención de esta Corte Federal; circunstancia esta última que, a pesar de su trascendencia, no ha sido aclarada en ningún sentido en la decisión que se examina.

En orden a lo que hasta aquí se ha expuesto, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, se declara proce-

dente el recurso extraordinario y se revoca el pronunciamiento recurrido. Remítase para su agregación a los autos principales a fin de que, por quien corresponda, se dicte uno nuevo con arreglo a lo expresado en la presente. Notifíquese y remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia)– Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti (según su voto).

Voto del Señor Ministro Doctor Don Horacio Rosatti

Considerando:

1°) Que los antecedentes del caso, los fundamentos de la resolución del *a quo* y los agravios que sustentaron el recurso extraordinario interpuesto han sido correctamente reseñados en los acápites I, II y III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, a cuyos términos corresponde remitir por razones de brevedad (cfr. fs. 341/346 del presente recurso de queja).

2°) Que la sentencia apelada proviene del superior tribunal de la causa y dada la naturaleza colectiva y estructural de la decisión en crisis, el pronunciamiento es equiparable a definitivo, conforme lo sostenido por este Tribunal cuando aseveró que "*el gravamen que provoca el objeto de la acción y que perjudicaría a todos los detenidos en establecimientos policiales de la Provincia de Buenos Aires (representados por la actora) es de imposible e insuficiente reparación ulterior, denunciándose como vulneradas distintas garantías enmarcadas en el art. 18 de la Constitución Nacional, como así también en diversos instrumentos internacionales incorporados a ella en virtud de la recepción establecida en el art. 75, inc. 22, que demandan tutela judicial efectiva e inmediata*" (Fallos: 328:1146, considerando 13).

Asimismo, el recurso es formalmente procedente con arreglo a lo previsto en el artículo 14 de la ley 48, pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia de un pronunciamiento del Tribunal dictado en esta misma causa, sobre cuyo alcance los recurrentes fundan sus reclamos y a cuyas directivas, como se determinará más adelante,

no se ha ajustado la decisión final (Fallos: 298:584; 308:215; 310:2100 y 341:1284, entre otras).

3°) Que de todas las relevantes cuestiones que fueron abordadas en la sentencia dictada por este Tribunal con fecha 3 de mayo de 2005 (Fallos: 328:1146 *"Verbitsky"*), en esta oportunidad la discusión gira en torno a lo dispuesto en el punto cuarto de su parte dispositiva, en cuanto se ordenó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y al resto de los tribunales de la jurisdicción hacer cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importase un trato cruel, inhumano o degradante, o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

Debe recordarse que en el fallo mencionado esta Corte consideró que la existencia de superpoblación carcelaria –en los niveles alcanzados y admitidos por las partes durante el transcurso de las audiencias públicas que se desarrollaron en esta sede– afectaba los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de las personas privadas de la libertad y se correspondía con una situación genérica, colectiva y estructural (confr. considerandos 23 y 27 *in fine* de la opinión de la mayoría). Incluso se advirtió que *"la situación se mantiene y se agrava con el aumento de detenidos informado por el Poder Ejecutivo provincial y se proyecta hacia el futuro inmediato con perspectivas de mayor gravedad"* (ibídem, considerando 31).

Ante esa situación, este Tribunal estableció ciertos parámetros destinados a diseñar un modelo de solución, con la explícita intención de inaugurar una etapa de búsqueda y ejecución progresiva de los remedios adecuados para lograr la reparación efectiva de dichas violaciones constitucionales. Esto último, como bien lo recuerda la señora Procuradora Fiscal subrogante en su dictamen, con la recomendación de que se otorgara amplia participación a todos los actores involucrados, sobre la base de considerar que *"las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso"* (ibídem, considerando 26).

4°) Que desde la perspectiva del *a quo*, el mandato que le impartió esta Corte fue agotado en el ámbito de su competencia durante el transcurso de los dos años posteriores al dictado del fallo al que se viene haciendo mención, mediante las diversas medidas que se detallan en el punto II, parágrafo cuarto, del dictamen ya citado. Apoyados en tal premisa, los integrantes de la Suprema Corte bonaerense en-

tendieron que había concluido *"en el estricto ámbito jurisdiccional"* el trámite del expediente originario y, en consecuencia, remitieron la presentación de los defensores departamentales a un juzgado de primera instancia, considerándola una acción primaria de hábeas corpus colectivo respecto de la cual carecían de jurisdicción.

5°) Que previo al análisis del caso, merece ser recordada la doctrina del Tribunal en materia de hábeas corpus según la cual el procedimiento aplicado a esta acción exige que se agoten las diligencias tendientes a hacer efectivo su objeto. Aunque, en rigor, el alcance que deba tener en cada caso la investigación conduce a una cuestión, en principio, ajena a la instancia extraordinaria, corresponde que esta Corte intervenga para resguardar la vigencia del instituto cuando la adopción de un criterio determinado puede llegar a frustrar su esencia (confr. Fallos: 306:448; 323:4108; 330:2429, entre otros).

6°) Que la sentencia cuya ejecución pretende continuar la recurrente mediante su presentación, fue dictada por esta Corte Suprema en el marco de un hábeas corpus correctivo que denunciaba el agravamiento de las condiciones de detención del colectivo de personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires, en virtud de la manda constitucional en materia carcelaria contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

La reforma constitucional de 1994 reconoció una legitimación activa ampliada para la representación judicial de los derechos de incidencia colectiva. Si bien la naturaleza de estos litigios puede conllevar cierta complejidad en la ejecución de sus sentencias, su adecuado cumplimiento entraña un efecto multiplicador en la tutela efectiva de derechos constitucionales.

En esa oportunidad, al interpretar el artículo 43 de la Norma Fundamental, este Tribunal reconoció al hábeas corpus como instrumento para la defensa de derechos de incidencia colectiva en casos donde se esgrimen pretensiones que remiten a bienes jurídicos de valor prioritario. De hecho, el bien tutelado en la especie se caracterizó señalando que *"…lo denunciado y lo admitido oficialmente como superpoblación carcelaria genera serios peligros para la vida y la integridad física de personas…"* (Fallos: 328:1146, considerandos 16, 17 y 19 del voto de la mayoría).

7°) Que la intervención de esta Corte en la ocasión señalada no entrañó injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebre del principio de separación de poderes o división de funciones; por el contrario, implicó el necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos gubernamentales. Es bien sabido que la Constitución Nacional, en tanto norma jurídica que reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando -como en el caso- se encuentra en debate un derecho humano. De lo contrario, debería admitirse que la Ley Suprema enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último (confr. Fallos: 327:3677, considerando 8°, párrafos 3° y 4°, y doctrina de Fallos: 330:4866, considerando 15).

La fuerza normativa de la Constitución (Hesse, Konrad "Escritos de derecho constitucional", trad. Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 61; Bidart Campos, Germán "El derecho de la Constitución y su fuerza normativa", Ediar, Buenos Aires, 1995, págs. 19/20; disidencia parcial del juez Rosatti en "Castillo", Fallos: 340:1795, considerando 15), exige frente a mandatos concretos (tal como el que emerge del artículo 18 de la Norma Fundamental al establecer que *"las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas"*) que el Poder Judicial despliegue una actividad conducente para dirimir –en los casos que se presenten a sus estrados- si existe una violación a dicho mandato, no solo por acción sino también por la omisión de las autoridades encargadas de concretar tal exigencia constitucional. En dicho marco, la adopción de decisiones de naturaleza compleja y estructural deviene imprescindible a fin de garantizar la efectiva vigencia del mandato constitucional en juego y el respeto a los derechos que de él se desprenden.

8º) Que la dificultad que presenta la ejecución de sentencias adoptadas en procesos colectivos como el *sub lite* deriva, principalmente, de dos razones. La primera, remite a la naturaleza compleja y pluricausal de los conflictos abordados, cuya solución demanda la modificación de políticas públicas y/o de prácticas institucionales. La segunda radica en el tipo de obligaciones impuestas en estas decisiones, que no siempre se efectiviza en medidas concretas sino en la enunciación de objetivos generales.

Ambos aspectos explican que la ejecución de esta clase de sentencias importe un proceso prolongado y complejo, en cuyo transcurso pueden cambiar los protagonistas iniciales (el universo concreto de afectados con nombre y apellido, que suelen ser reemplazados por otros), y aun las modalidades del agravio originario (algunos problemas pueden solucionarse en el tiempo, pero aparecen otros) manteniéndose –no obstante- el cuadro crítico que promovió la presentación judicial colectiva.

9°) Que así las cosas y toda vez que la protección efectiva de los derechos constitucionales reclamados exige el cumplimiento de estas sentencias, cabe preguntarse: ¿cuándo se puede considerar concluido el proceso de ejecución?, ¿qué acciones importan el cumplimiento de esta clase de sentencias? y ¿cómo se verifica? En otras palabras, de un modo más llano: ¿cuándo y cómo se terminan estos procesos?

La sistematización de los estándares que rigen estos procesos de ejecución de sentencias complejas y, eventualmente, determinan su clausura, requiere -más allá de la atención de las especificidades verificables en cada caso- distinguir dos aspectos: el institucional y el funcional.

En el **plano institucional** el proceso podría considerarse culminado, desde la perspectiva de la actuación de este Tribunal, una vez que:

i) se han definido claramente las metas a cumplir; y,

ii) se ha(n) establecido el(los) órgano(s) a cargo de su instrumentación, sea(n) jurisdiccional(es) o no jurisdiccional(es) (por ejemplo, otros departamentos del Estado u organismos específicos, en los supuestos en que la actuación exceda o sea ajena al ámbito de competencia propia del órgano jurisdiccional de ejecución).

En el **plano funcional**, el proceso podría considerarse culminado, desde la perspectiva de la actuación de este Tribunal, una vez que se ha comprobado un nivel de cumplimiento efectivo de las acciones y medidas dispuestas para la solución del caso que sean suficientes para frustrar razonablemente la posibilidad de reversiones que vuelvan la situación al conflictivo punto de partida. La determinación del nivel de avance funcional que permita dar por concluida la actuación de esta

Corte dependerá, lógicamente, de las especiales circunstancias de cada proceso concreto.

10) Que ingresando al tratamiento de los agravios planteados por los apelantes, y examinados los términos de la sentencia cuestionada en el marco conceptual descripto en los considerandos 8º y 9°, se aprecia que más allá del cumplimiento de los aspectos relativos al plano institucional, el *a quo* no ha logrado demostrar adecuadamente el cumplimiento cabal del fallo de esta Corte desde un plano funcional. En esa ocasión, entre otras pautas, se instruyó a la Suprema Corte y a los demás tribunales de la provincia para que, dentro de sus respectivas competencias, extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las normas que nacional e internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de libertad, en especial, en lo que hace a la tutela de la vida humana y la integridad física de los presos, del personal y de terceros; y para que *"hagan cesar con la urgencia del caso el agravamiento o la detención misma, según corresponda"* (Fallos: 328:1146, considerandos 40 y 41 del voto de la mayoría).

De tal modo, el *a quo* no ha ponderado en forma suficiente el impacto que las medidas practicadas habrían tenido en función de los objetivos fijados en *"Verbitsky"*, y ha omitido explicar de qué manera fue evaluada la eficacia de su implementación, en referencia a la permanencia de la situación generadora del conflicto que venían denunciando los actores.

Ello resulta especialmente relevante, toda vez que oportunamente se le encomendó una tarea que debía mantenerse vigente mientras persistieran las condiciones que obligaron a la firme intervención de esta Corte Federal; circunstancia esta última que, a pesar de su transcendencia, no ha sido aclarada en la decisión que se examina.

En tal sentido, la inconsistencia de la decisión en crisis no presta sustento objetivo suficiente a las razones que motivaron al tribunal *a quo* a determinar que la faz ejecutiva de la sentencia dictada por esta Corte en este caso podía darse por finalizada; máxime teniendo en cuenta que los defensores públicos oficiales denuncian y documentan, en su presentación, la persistencia de la situación de superpoblación en el ámbito carcelario provincial y su crecimiento exponencial.

En tales condiciones y en los términos de la decisión impugnada, se consagra un inequívoco apartamiento de lo dispuesto por este Tribunal, por lo que corresponde su descalificación (artículo 14 de la ley 48).

En orden a lo que hasta aquí se ha expuesto, oída la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca el pronunciamiento recurrido. Remítase para su agregación a los autos principales a fin de que, por quien corresponda, se dicte uno nuevo con arreglo a lo expresado en la presente. Notifíquese y remítase.

Horacio Rosatti.

Disidencia del Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz

Considerando:

1°) Los antecedentes del caso han sido correctamente reseñados en los acápites I, II y III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

2°) Estando a estudio del Tribunal el recurso de queja, con fecha 13 de diciembre de 2019 la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos presentó un documento que dió lugar a la formación del expediente anexo 7238/2019. Allí sostuvo que, como consecuencia de las órdenes que había impartido en cumplimiento de lo resuelto en la causa "Verbitsky" (Fallos: 328:1146) y su proceso de implementación, se había revertido el grave problema que fuera objeto de decisión en dicho precedente. Señaló, sin embargo, que menos de una década después esa tendencia había cambiado negativamente y que, por ello, continuó adoptando medidas de supervisión de la problemática.

En esa línea, destacó especialmente que había dictado la resolución 2301/2018, por la que había ordenado crear un espacio interinstitucional para el abordaje integral de las condiciones de detención en cárceles y comisarías de la provincia, encomendándole su dirección al Tribunal de Casación Penal. En el marco de dicho espacio, se elaboró

el "Documento sobre las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires" en el que se analizó minuciosamente la situación actual de la problemática y de las medidas concretas que podrían adoptarse para solucionarla. A partir de dicho documento, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires concluyó que el panorama actual "es insostenible dado el pico máximo de cantidad de personas encarceladas y el crecimiento interanual de detenidos" (punto IV.1). Agregó que, en dicho período, la Administración no había dado ninguna respuesta útil y que, frente a lo dramático del cuadro de situación (gravosas condiciones de detención que tienden a acentuarse, entre otros factores, en razón de la elevada tasa de detenidos, el uso inadecuado de la prisión preventiva, las modificaciones operadas en la legislación penal y procesal y las dificultades en el régimen de progresividad de ejecución de la pena), correspondía adoptar diversas medidas. En esa línea, (i) recordó a los tribunales locales la absoluta prohibición de alojamiento de menores, enfermos y mujeres embarazadas en dependencias policiales, (ii) exhortó al Poder Ejecutivo a dar respuesta prioritaria y urgente al problema del alojamiento en comisarías clausuradas o inhabilitadas, (iii) encomendó a la Subsecretaría de Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad que, conjuntamente con la Secretaría de Planificación y demás dependencias, evaluara la creación de un "Registro de Clausuras" de dependencias policiales, (iv) propició que el señor Procurador General evaluara la adopción de criterios vinculados a la coerción personal adecuados a la realidad descripta, (v) reiteró la importancia del uso racional de la prisión preventiva y el uso de alternativas o morigeradoras de acuerdo a los estándares fijados en "Verbitsky" (Fallos: 328:1146) y (vi) encomendó al espacio interinstitucional referido el seguimiento de la ley de cupos en la legislatura provincial, entre otras.

3°) A los fines de resolver la presente causa, corresponde recordar que la resolución de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires contra la cual se interpuso el recurso extraordinario que motivó la presente queja, ratificó el curso de acción adoptado por su presidente y de esa manera determinó que la presentación realizada por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires a fs. 75 no debía ser resuelta en el contexto de la ejecución de sentencia correspondiente a la causa "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus" (Fallos: 328:1146), sino que, por el contrario, debía ser objeto de un proceso distinto como un nuevo hábeas corpus colectivo. A tal fin, instruyó a la cámara de apelaciones competente para que determinara el órgano judicial que

conocería del asunto. Como fundamento, la Suprema Corte provincial sostuvo que el caso "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus" se encontraba finiquitado desde el 19 de diciembre de 2007.

Acto seguido, resolvió que esta nueva demanda de hábeas corpus colectivo era una causa que, de acuerdo con la constitución provincial, no podía ser resuelta por la Suprema Corte en instancia originaria. Por todo ello, ratificó la competencia del Juzgado Garantías n° 2 de la ciudad de La Plata que fuera sorteado en cumplimiento de la providencia dictada por el presidente del tribunal.

Contra esa decisión el Consejo de Defensores interpuso recurso extraordinario federal, que fue denegado con fundamento en que la decisión apelada no constituía una sentencia definitiva ni equiparable a tal. El auto denegatorio fue impugnado a través del correspondiente recurso de queja.

4°) El objeto de la resolución apelada, del recurso extraordinario y de la queja se circunscribe a determinar el tribunal ante el cual debería tramitar la presentación efectuada por el Consejo de Defensores, es decir, si debe ser la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires o si, como lo dispuso este último tribunal, debe serlo el Juzgado de Garantías n° 2 de la ciudad de La Plata que finalmente resultó sorteado.

5°) El recurso de queja no puede prosperar porque la decisión apelada no es una resolución equiparable a sentencia definitiva. No causa a la parte recurrente ningún agravio de imposible o muy difícil reparación ulterior, ni tampoco decide un punto federal de manera irreversible.

En primer lugar, no se trata de una sentencia definitiva puesto que no se expide sobre la pretensión de fondo contenida en la presentación de los Defensores, referida al agravamiento de las condiciones de detención en que se encuentran los reclusos del sistema penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, se limita a señalar el tribunal que deberá sustanciar el proceso y dictar la sentencia de fondo.

En segundo lugar, no se trata de una sentencia que haya cerrado el acceso a la jurisdicción, ni ha modificado el carácter colectivo de la pretensión, sino que, por el contrario, se limitó a declarar su

incompetencia y ordenó la inmediata designación del tribunal que debía conocer en la causa. De hecho, la demanda fue sustanciada y se encuentra actualmente en trámite por ante el Juzgado de Garantías n° 2 de la ciudad de La Plata, tal como se desprende del informe labrado por su secretario y agregado a fs. 558 y sgtes. de las presentes actuaciones.

Tampoco el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires haya ordenado que la presentación tramitara como hábeas corpus colectivo ante el juez que consideró competente en el orden local constituye un manifiesto apartamiento de lo resuelto en la mencionada causa "Verbitsky". En efecto, en dicho pronunciamiento esta Corte no estableció una modificación de las reglas que rigen la competencia originaria de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ni tampoco consagró un derecho especial a litigar en dicha instancia originaria toda demanda fundada en los derechos de las personas privadas de su libertad. Por el contrario, expresamente se preservó el sistema institucional de la provincia en cuanto a la organización de las competencias judiciales. Al respecto, en el punto 4 del mismo fallo, con toda claridad se ordenó a "la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal". Por su parte, el punto resolutivo 3 de aquella sentencia dispuso "que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos".

Por último, más allá del acierto o desacierto de la decisión apelada, ella no constituye un impedimento para la búsqueda de soluciones institucionales a la delicada situación en que se encuentra el sistema carcelario provincial. En efecto, tal como surge de la reseña efectuada en el considerando 2° del presente pronunciamiento, la Suprema Corte local en su condición de máxima autoridad judicial de la provincia ordenó al Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires la creación de un mecanismo de deliberación institucional "para que concentre y articule las medidas de los restantes órganos juris-

diccionales y con las áreas del Poder Ejecutivo, así como con otras instituciones públicas y no gubernamentales dedicadas a la defensa de los derechos humanos, con el fin de revertir la situación crítica de las condiciones de detención de las personas" (resolución 2301/18, de fecha 22 de noviembre de 2018). Como resultado de esta instrucción, el Tribunal de Casación llevó a cabo una exhaustiva investigación de los principales factores causales de la sobrepoblación carcelaria y de las medidas concretas para contrarrestarlos (confr. documento sobre las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires, RC 2301/18, firmado el 10 de octubre de 2019). En esa línea, corresponde destacar que el Tribunal de Casación es un tribunal especialmente dotado para la tarea encomendada dado que tiene competencia en todo el territorio de la provincia. Más aun, con motivo de dicho documento, tal como se hizo presente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires adoptó una serie de medidas específicas destinadas a solucionar la problemática.

En suma, la decisión apelada no se expide sobre la pretensión de fondo y no ha denegado en absoluto la pretensión de subsanar las condiciones de detención de las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires. Por el contrario, designó un tribunal competente para su tramitación y adoptó medidas específicas para abordar la grave situación denunciada por los recurrentes. Por consiguiente, no existe un agravio de difícil o imposible reparación ulterior que torne equiparable a definitiva la resolución impugnada. Corresponde por ello desestimar la queja interpuesta.

6°) Sin perjuicio de la decisión a la que se arriba y de las acciones de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires inequívocamente dirigidas a enfrentar la severa crisis del sistema carcelario, en vista de la presentación efectuada por dicho tribunal referida en el considerando 2°, es oportuno hacer explícitas las consideraciones siguientes, vinculadas con los conceptos centrales de la sentencia dictada en el caso "Verbitsky".

La primera de ellas es que las acciones judiciales colectivas sobre fallas estructurales en el sistema penitenciario que generan violaciones sistemáticas de los derechos de los reclusos son casos justiciables y, por lo tanto, deben encontrar una respuesta jurisdiccional efectiva y no solamente exhortaciones o recomendaciones a los demás poderes del Estado o declaraciones generales que testimonien

la existencia de los problemas cuya solución se solicita a los tribunales. En este sentido, con independencia del tribunal o tribunales que deban concurrir en la toma de decisiones, los remedios judiciales deben tener un efecto concreto y directo sobre el factor generador de superpoblación carcelaria. La resolución del terrible problema de las fallas estructurales del sistema carcelario requiere una respuesta judicial, pues no debe olvidarse que en un Estado de Derecho existe una especial responsabilidad por la población privada de su libertad, que no puede quedar indefinidamente postergada a la espera de la reacción legislativa o ejecutiva.

El segundo señalamiento se refiere a que la garantía federal de los derechos que asisten a las personas privadas de su libertad debe articularse con el respeto a las facultades judiciales reservadas por la provincia cuando sus tribunales son llamados a evitar su vulneración o a poner fin a situaciones en que ello ya ha ocurrido, de conformidad con la forma en que la Constitución Nacional organiza el sistema federal (artículos 1°, 5°, 121, 122 y 123). Esto no significa, por cierto, que esta Corte resulte ajena a la determinación de si los derechos constitucionales involucrados en las situaciones de detención se hallan vulnerados o a la evaluación de la eficacia de los remedios que eventualmente se ordenen (Fallos: 328:1146; 332:2544).

De ello se deriva un tercer señalamiento: las autoridades de los tres poderes del Estado provincial en el marco de su propio ordenamiento institucional deben actuar de manera coordinada, pero sobre todo efectiva, para atacar la falla institucional que específicamente opera como factor causal de la sobrepoblación carcelaria y de la degradación de la vida de los reclusos que es su directa consecuencia. Se trata de la desproporción entre el ritmo de los ingresos al sistema carcelario y el ritmo con que se generan plazas disponibles con todas las condiciones mínimas cumplidas, sea por egresos definitivos o temporarios, sea por un aumento de la capacidad de alojamiento (construcción de nuevas cárceles o ampliación de las existentes). Esta circunstancia debería ser especialmente tenida en cuenta a la hora de adoptarse una decisión judicial definitiva sobre la causa para así asegurar que todos los órganos del Estado adopten las medidas pertinentes para atacar la superpoblación carcelaria, de modo que la densidad poblacional sea compatible con el respeto de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad.

Por todo ello y, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante en los términos expuestos, se rechaza la queja. Notifíquese y archívese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ.

Recurso de queja interpuesto por el **Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires.**

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.**

LEE, CARLOS ROBERTO Y OTRO C/ CONSEJO DE ATENCIÓN INTEGRAL DE LA EMERGENCIA COVID-19 PROVINCIA DE FORMOSA S/ AMPARO – AMPARO COLECTIVO (EXPEDIENTE DIGITAL)

PRONUNCIAMIENTO INOFICIOSO

Toda vez que con el dictado de la medida cautelar destinada a garantizar el efectivo ingreso al territorio provincial de personas que se encontraban privadas de volver a sus domicilios en virtud de la normativa de emergencia sanitaria Covid-19 ha quedado materialmente satisfecha la pretensión esgrimida, no se verifica actualmente la presencia de un interés jurídico inmediato o directo que dé lugar a una controversia actual y concreta y, sobre esta base insoslayable, que se presente un asunto apto de ser juzgado y definido por la Corte constitucional en la instancia originaria con sustento en el art. 117 de la Ley Suprema.

CUESTION ABSTRACTA

La Corte tiene vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos, en tanto todo pronunciamiento resultaría inoficioso al no decidir un conflicto litigioso actual.

COSTAS

La extinción del objeto procesal por la desaparición del presupuesto fáctico que dio pie a la demanda impide acudir al principio rector establecido en el ordenamiento procesal para pronunciarse sobre la imposición de las costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), pues la imposibilidad de dictar un pronunciamiento final sobre la procedencia substancial de la pretensión, cancela todo juicio que permita asignar a cualquiera de las partes la condición necesaria -de vencedora o de vencida- para definir la respectiva situación frente a esta condenación accesoria.

COSTAS

Corresponde distribuir en el orden causado las costas del proceso -acción de amparo colectiva destinada a garantizar el efectivo ingreso al territorio provincial de personas que se encontraban privadas de volver a sus domicilios en virtud de la normativa de emergencia sanitaria Covid-19-, pues no se observa una conducta ulterior de alguna de las partes que inequívocamente demuestre haber dado motivo a la promoción de la acción, en tanto en las circunstancias del caso, carece de toda incidencia para resolver sobre el punto la decisión de alterar las reglas previstas en el Programa creado mediante la resolución 2/2020 del Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 a los efectos de garantizar el efectivo ingreso al territorio provincial en un plazo razonable de los ciudadanos que lo habían solicitado, ya que no se trató de un acto voluntario de la demandada sino que obedeció al cumplimiento de la medida cautelar dictada por la Corte.

COSTAS

En consideración a las excepcionalísimas circunstancias en las que se generó el conflicto en el marco de una crisis sanitaria sin precedentes -acción de amparo colectivo en defensa de los derechos de los formoseños que se encontraban privados de volver a sus respectivos domicilios ubicados en territorio provincial por la normativa sanitaria originada por el Covid-19-, corresponde distribuir en el orden causado las costas del proceso.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de mayo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que en la presente causa, cuyos antecedentes fueron descriptos en el pronunciamiento de esta Corte del 29 de octubre de 2020, los actores interpusieron acción de amparo colectivo en defensa de los derechos de todos los formoseños que se encontraban privados de volver a sus respectivos domicilios ubicados en territorio provincial -en particular de las personas individualizadas en el escrito inicial- en virtud de las disposiciones del Programa de Ingreso Ordenado y Administrado de Personas a la Provincia de Formosa (resolución 2/2020 del Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19).

2°) Que en la citada sentencia del 29 de octubre de 2020 el Tribunal decidió requerir a la Provincia de Formosa los informes que estimó necesarios al objeto del pleito.

Como consecuencia de ello, el Estado provincial presentó el informe reseñado por esta Corte en el considerando 2° del pronunciamiento dictado en el *sub lite* el 19 de noviembre de 2020, oportunidad en la que, sin decisión competencial, se le ordenó a la demandada que arbitrara los medios necesarios de modo de garantizar el efectivo ingreso al territorio provincial, con cumplimiento de las medidas sanitarias que estimara pertinentes, de todos los ciudadanos que lo hayan solicitado, dentro del plazo máximo de quince días.

3°) Que de las presentaciones efectuadas por la Provincia de Formosa los días 14 y 18 de diciembre de 2020, surge la actividad llevada a cabo por las autoridades locales para dar cumplimiento a la medida cautelar ordenada por esta Corte en el plazo fijado. En dichas presentaciones el Estado provincial puso a disposición del Tribunal todas las constancias de comunicación a las personas que se encontraban alcanzadas por la referida medida que solicitaron el permiso de ingreso a su territorio, y señaló expresamente que los ciudadanos que no pudieron hacer efectivo su ingreso por diferentes motivos, fueron notificados de que, en caso de persistir con intenciones de ha-

cerlo, deberían comunicarse con el Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 a los efectos de consensuar una nueva fecha de acuerdo a sus posibilidades, conforme a los protocolos y medidas sanitarias vigentes.

4°) Que el 22 de marzo de 2021, mediante la resolución 1/2021 del Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19, se aprobó un nuevo "Protocolo Sanitario para el Ingreso de Personas a la Provincia de Formosa" adecuado a las disposiciones del decreto PEN 168/2021 –al que adhirió el Estado provincial mediante el decreto local 36/2021-, que no prevé restricciones para el ingreso de personas al territorio formoseño, sino que solo establece un control sanitario al ingreso, debiendo cumplir el aislamiento social y obligatorio únicamente aquellos que presenten síntomas compatibles con COVID-19.

5°) Que, en las condiciones expuestas, con el dictado de la medida cautelar del 19 de noviembre de 2020 ha quedado materialmente satisfecha la pretensión esgrimida y, en consecuencia, no se verifica actualmente la presencia de un interés jurídico inmediato o directo que dé lugar a una controversia actual y concreta y, sobre esta base insoslayable, que se presente un asunto apto de ser juzgado y definido por este Tribunal constitucional en la instancia originaria con sustento en el art. 117 de la Ley Suprema (conf. Fallos: 330:3109 y sus citas, entre otros).

En tal sentido cabe destacar que no corresponde expedirse en el marco de estas actuaciones acerca de los hechos nuevos que pretenden introducir los actores mediante su presentación del 6 de abril del corriente año, ya que los presuntos incumplimientos que allí se denuncian no se vinculan con la medida cautelar dispuesta en el *sub examine*, ni guardan una relación directa con los actos de las autoridades provinciales impugnados en el escrito inicial de esta acción de amparo que impedían el regreso de los formoseños a sus domicilios, sino que exceden el alcance objetivo de la pretensión. Por otro lado, varias de esas cuestiones fueron planteadas en otros procesos judiciales en trámite, en los que no corresponde interferir por esta vía.

6°) Que esa conclusión obsta a cualquier consideración sobre la substancia de la cuestión debatida en el pleito, en la medida en que, por no verificarse excepcionales razones de índole institucional que justifiquen apartarse de esa regla, a esta Corte le está vedado expedirse so-

bre planteos que devienen abstractos en tanto todo pronunciamiento resultaría inoficioso al no decidir un conflicto litigioso actual (Fallos: 329:1898; 341:122 y 1356; 342:1246; 343:1019, entre muchos otros).

7°) Que la extinción del objeto procesal por la desaparición del presupuesto fáctico que dio pie a la demanda impide acudir al principio rector establecido en el ordenamiento procesal para pronunciarse sobre la imposición de las costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), pues la imposibilidad de dictar un pronunciamiento final sobre la procedencia substancial de la pretensión según lo expresado en el considerando precedente, cancela todo juicio que permita asignar a cualquiera de las partes la condición necesaria -de vencedora o de vencida- para definir la respectiva situación frente a esta condenación accesoria (Fallos: 329:1853 y 1898, entre otros).

8°) Que, por otro lado, la indefinición señalada no es susceptible de ser superada por la concurrencia de alguna otra circunstancia que sostenga la conclusión de que alguna de las partes haya cedido en su postura respecto de la contraria, pues a diferencia de lo ocurrido en otros asuntos en que el Tribunal ha hecho mérito de extremos de esa naturaleza, en el caso no existen precedentes que se hubieran pronunciado sobre la suerte de asuntos substancialmente análogos (Fallos: 316:1175).

Tampoco se observa una conducta ulterior de alguna de las partes que inequívocamente demuestre haber dado motivo a la promoción de la acción (Fallos: 307:2061; 317:188), pues en las circunstancias del caso, carece de toda incidencia para resolver sobre el punto la decisión de alterar las reglas previstas en el Programa creado mediante la resolución 2/2020 del Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 a los efectos de garantizar el efectivo ingreso al territorio provincial en un plazo razonable de los ciudadanos que lo habían solicitado, ya que no se trató de un acto voluntario de la demandada sino que obedeció al cumplimiento de la medida cautelar dictada por el Tribunal (arg. Fallos: 329:1898).

9°) Que, consecuentemente, y en consideración a las excepcionalísimas circunstancias en las que se generó el conflicto en el marco de una crisis sanitaria sin precedentes, corresponde distribuir las costas del proceso en el orden causado.

Por ello, se resuelve: Declarar inoficioso un pronunciamiento de esta Corte en las presentes actuaciones y distribuir las costas en el orden causado. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Parte actora: **Dres. Carlos Roberto Lee y Fabrizio Villaggi Nicora, en defensa de los derechos de los Sres. Manuel Jesús Brito, Carlos Argentino Soto, Ricardo Agustín Acosta y Karen Elizabeth Alonso, entre otros.**

Parte demandada: **Provincia de Formosa**, representada por sus apoderados, **Dres. Lorena Anabel Cappello, Carmen Edith Notario y Jonathan Emmanuel Lagraña**, con el patrocinio letrado de la **señora Fiscal de Estado, Dra. Stella Maris Zabala.**

MOREYRA, ROBERTO CARLOS s/ Recurso de queja en causa n° 23.835 de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal, Sala III de La Plata

RECURSOS LOCALES

Si bien las decisiones relativas a la improcedencia de los recursos deducidos por ante los tribunales de la causa no justifican, en principio, el otorgamiento de la apelación extraordinaria, ya que por la índole exclusivamente procesal y de derecho común de las cuestiones que suscitan, no exceden el marco de las facultades que le son propia, es posible hacer excepción a dicha regla con base en la doctrina de la arbitrariedad, en salvaguarda de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, cuando la decisión apelada frustra el alcance de la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea o suficiente.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que desestimó la presentación directa interpuesta contra la resolución declaró inadmisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley con fundamento en la supuesta equivo-

cación en que la defensa habría incurrido al invocar el artículo 433 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, pues no evaluó el cumplimiento de las exigencias que más allá de esa cita normativa regían esa queja, ni atendió a la sustancia de los planteos formulados, lo cual configura un exceso ritual susceptible de frustrar la garantía de la defensa en juicio.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

La Sala III de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de La Plata, provincia de Buenos Aires, declaró inadmisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a favor de R C M contra la decisión por la que esa sala, por un lado, desestimó la impugnación deducida por la defensa de aquél contra la sentencia del Tribunal de Responsabilidad Juvenil nº 1 que lo condenó en orden al delito de abuso sexual agravado por su comisión con acceso carnal, y, por el otro, hizo lugar al recurso del representante del Ministerio Público Fiscal e incrementó la pena a cuatro años y seis meses de prisión (fs. 27/29 del expediente P. 126.717-RQ, agregado al presente legajo).

Para así decidir, ese tribunal consideró que el recurrente no planteó la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva o doctrina legal, sino que se limitó a exponer un criterio divergente por el que no rebatió los fundamentos de aquella anterior resolución. Añadió que *"si bien el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley constituye el carril idóneo para el tratamiento de las cuestiones federales que pudieran estar involucradas ...la admisibilidad del reclamo, en dicho marco, no se satisface con la mera invocación de una cuestión de tal naturaleza, sino que es menester su correcto planteamiento…"* (fs. 28 vta. del citado expediente).

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la provincia desestimó la presentación directa efectuada por su defensa con motivo de aquel pronunciamiento. Al respecto, sostuvo que *"debe advertirse que contra las decisiones que deniegan los recursos extraordinarios previstos en el art. 479 del Código Procesal Penal, sólo procede la inter-*

posición de la queja prevista en el artículo 486 bis del rito local -texto ordenado según ley 14. 647-" (fs. 5 del presente legajo).

Contra esa decisión, la asistencia letrada dedujo recurso extraordinario federal, cuyo rechazo dio lugar a la articulación de esta queja (fs. 7/18 y 24/28).

-II-

El recurrente sostuvo la arbitrariedad del pronunciamiento apelado. En ese sentido, expresó que el superior tribunal provincial incurrió en un exceso ritual manifiesto porque desestimó aquella presentación directa exclusivamente en razón del artículo que esa defensa invocó -el 433 del ordenamiento procesal penal, en lugar del artículo 486 bis que correspondía a juicio del *a quo*-, a pesar de que esa impugnación cumplió con los requisitos del caso.

Sin perjuicio de ello, criticó la fundamentación normativa de aquella decisión, por considerar que, al contrario de lo sostenido por el *a quo*, el artículo 433 también regula de manera general la queja por denegación de recursos ordinarios y extraordinarios -entre los que está incluido el de inaplicabilidad de ley intentado en el *sub examine*- y -según su opinión- establece requisitos más rigurosos que el artículo 486 bis -en relación con el plazo de impugnación- que fueron respetados por esa parte.

-III-

La Corte tiene establecido que las decisiones relativas a la improcedencia de los recursos deducidos por ante los tribunales de la causa no justifican, en principio, el otorgamiento de la apelación extraordinaria, ya que por la índole exclusivamente procesal y de derecho común de las cuestiones que suscitan, no exceden el marco de las facultades que le son propias (Fallos: 302:1134; 307:474; 311:357 y 519; 313:77; 317:1679; 319:399, entre otros). Sin embargo, también ha sostenido que es posible hacer excepción a dicha regla con base en la doctrina de la arbitrariedad, en salvaguarda de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, cuando la decisión apelada frustra el alcance de la vía utilizada por el justiciable sin fundamentación idónea o suficiente (Fallos: 339:1441, considerando 3° y sus citas).

A mi modo de ver, es lo que ha ocurrido en el *sub examine*.

Así lo considero, desde que el superior tribunal provincial desestimó la presentación directa de la defensora de M con base en la supuesta equivocación en que ésta habría incurrido al invocar el artículo 433

del ordenamiento procesal penal local, sin evaluar el cumplimiento de las exigencias que -más allá de esa cita normativa- regían esa queja, ni atender a la sustancia de los planteos formulados.

Ello revela, en mi opinión, un exceso ritual susceptible de frustrar la garantía de la defensa en juicio, por el que quedaron sin respuesta los concretos agravios de la defensa de M vinculados, por un lado, con el arbitrario descarte -en el marco de la determinación de la pena de acuerdo con los artículos 40 y 41 del Código Penal y demás normas que rigen esa tarea en materia de menores- de ciertas circunstancias que consideró atenuantes y la valoración como agravante de otras que ya habían sido evaluadas dentro del examen de la configuración de la conducta típica, con alegada afectación del principio *non bis in idem;* y por el otro, con el menoscabo del principio de congruencia como resultado de la modificación que se habría llevado a cabo en la sentencia de condena sobre un aspecto determinado del hecho que fue objeto de acusación.

En tales condiciones, estimo que el fallo apelado debe ser descalificado como un acto jurisdiccional válido.

-IV-

Por ello, sin que implique adelantar opinión sobre el fondo del asunto, considero que corresponde declarar procedente la queja, hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar el fallo apelado a fin de que, por intermedio de quien corresponda, se dicte uno nuevo de acuerdo a derecho. Buenos Aires, 17de mayo de 2019. *Eduardo Ezequiel Casal.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de mayo de 2021.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Moreyra, Roberto Carlos s/ recurso de queja en causa n° 23.835 de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal, Sala III de La Plata”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados por el Procurador General de la

Nación interino en su dictamen, a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo dispuesto. Notifíquese y cúmplase.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por **Roberto Carlos Moreyra**, asistido por el **Dr. Mario Luis Coriolano, Defensor Oficial.**

Tribunal de origen: **Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Sala III de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de La Plata.**

GALLO, ROBERTO y Otro s/ Incidente de recurso extraordinario

RECURSO EXTRAORDINARIO

La adecuada notificación de las distintas etapas fundamentales del juicio, en especial la del pronunciamiento y la atinente al trámite previsto en el artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige la garantía del debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución del litigio.

RECURSO EXTRAORDINARIO

Corresponde dejar sin efecto el auto que denegó el recurso extraordinario, debiendo remitirse las actuaciones al tribunal de origen para que se agoten las medidas tendientes a hacer efectivo el traslado a la defensa de los sujetos a cuyo respecto fueron dictadas las resoluciones judicia-

les cuyo carácter de cosa juzgada se intenta poner en discusión, toda vez que se advierte que durante el transcurso de la tramitación del recurso de revisión en la instancia anterior nunca se confirió intervención a las personas que podrían resultar afectadas por la pretensión sostenida por el Ministerio Público.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de mayo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que según surge de las constancias del legajo que contiene el recurso de queja, al resolver sobre la admisibilidad de la apelación federal articulada por el Ministerio Público Fiscal, el *a quo* dio cuenta de las siguientes circunstancias en relación con la intervención de la defensa de los imputados. Por un lado, informó que corrido el traslado previsto por el artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el representante de la Defensa Pública Oficial ante esos estrados manifestó que no se encontraba legitimado para actuar en representación de los imputados "[…] *por haber cesado el mandato conferido ante la firmeza de la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal n° 28 de la Capital Federal* […]", razón por la cual solicitó que se procediese a la notificación personal de los encausados "[…] *a efectos de que sean éstos quienes se expresen acerca de la intención de ser representados por la Defensa Oficial o* […] *tengan la efectiva posibilidad de designar un letrado de su confianza*" (cf. punto II de la resolución obrante a fs. 70/71 vta.).

Ante esa presentación, según se explicó en la resolución en examen, el tribunal ordenó que se procediera de acuerdo con la opción sugerida por el Defensor Oficial, practicándose en consecuencia "*múltiples diligencias*" con resultado infructuoso en orden a la finalidad propuesta. Frente a ese cuadro de situación, el tribunal decidió notificar la decisión que desestimó el remedio federal a la Defensa Pública Oficial "*a los efectos que pueda corresponder*" (ibídem).

2°) Que esta Corte ha sostenido en reiteradas oportunidades que la adecuada notificación de las distintas etapas fundamentales del juicio,

en especial la del pronunciamiento y la atinente al trámite previsto en el artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige la garantía del debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución del litigio (Fallos: 313:848; 319:741; 327:3723; 336:634; 339:1436 y sus citas; y 341:413).

3°) Que siguiendo esos lineamientos, se advierte que durante el transcurso de la tramitación del recurso de revisión en la instancia anterior nunca se confirió intervención a las personas que podrían resultar afectadas por la pretensión sostenida por el Ministerio Público.

Por ello, corresponde dejar sin efecto el auto que denegó el recurso extraordinario, debiendo remitirse las actuaciones al tribunal de origen para que se agoten las medidas tendientes a hacer efectivo el traslado a la defensa de los sujetos a cuyo respecto fueron dictadas las resoluciones judiciales cuyo carácter de cosa juzgada se intenta poner en discusión y, una vez cumplido lo dispuesto de modo preciso, se resuelva sobre su procedencia por quien corresponda. Notifíquese y remítase.

Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja deducido por los **Dres. Sandro Abraldes y Héctor Andrés Heim, Fiscales Generales.**

Tribunal de origen**: Sala de Turno de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional**.

Tribunal que intervino anteriormente: **Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 28.**

GOTI, ALFREDO LEONARDO Y OTRO C/ EN – Mº ECONOMÍA – ONCCA (RESOL. 1378/07 Mº AGP) Y OTROS S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Las sentencias de la Corte deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas aun cuando sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal.

CUESTION ABSTRACTA

Le está vedado a la Corte expedirse sobre planteos que devienen abstractos.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional – Secretaría de Agroindustria en la causa Goti, Alfredo Leonardo y otro c/ EN – Mº Economía – ONCCA (resol. 1378/07 Mº AGP) y otros s/ proceso de conocimiento", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la decisión de la instancia anterior que había resuelto tener por no cumplida la sentencia dictada en autos por cuanto, a través de la disposición DI-2018-4-APN-DNCCA-MA, la Dirección de Control Comercial Agropecuario del Ministerio de Agroindustria había rechazado la solicitud de compensaciones formulada por Alfredo Goti sobre la base del art. 5º de la resolución conjunta MEyFP 235/11, MI 166/11 y MAGyP 334/11 que fue declarada nula por la cámara, en razón de haber efectuado un rechazo genérico y abs-

tracto de la petición del actor. En consecuencia, ordenó a la autoridad competente que se expidiera nuevamente sobre la cuestión.

Contra esa decisión, la demandada interpuso el recurso extraordinario federal que, denegado, motivó la presente queja.

2°) Que consolidada jurisprudencia de esta Corte, sostiene que sus sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas aun cuando sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal (Fallos: 298:33; 301:693; 310:670 y 2246; 311:870 y 1810; 312:555, entre muchos otros).

3°) Que de las constancias obrantes en el Sistema de Consultas de Expedientes de esta Corte surge que la demandada informó al juzgado de primera instancia el dictado de la disposición DI-2019-31-APN-DNCCA, mediante la cual se rechazó "la solicitud de compensaciones al consumo interno para establecimiento dedicado al engorde de ganado bovino a corral (feed-lot), efectuada por GOTI, ALFREDO LEONARDO…". Ello, con fundamento en que "del análisis del Expediente Administrativo donde tramita el pedido de reconocimiento de compensaciones efectuado por GOTI, ALFREDO LEONARDO (…) surge que al momento de su presentación, registraba deuda con la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS organismo autárquico en la órbita del MINISTERIO DE HACIENDA en Concepto de Impuesto a las Ganancias, incumpliendo con el requisito previsto en el Artículo 4º de la citada Resolución 1378/07 que dispone 'No registrar deuda exigible con la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS en concepto de impuestos a las Ganancias, y al Valor Agregado, ni aportes y contribuciones al SISTEMA ÚNICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la SECRETARÍA DE AGRICULTURA, GANADERÍA, PESCA Y ALIMENTOS y/o la OFICINA NACIONAL DE CONTROL COMERCIAL AGROPECUARIO".

En razón de ello, el 9 de marzo de 2020, el juez de primera instancia consideró que había concluido su competencia para decidir el caso, sin perjuicio del derecho del actor de encauzar su pretensión por la vía que corresponda.

4°) Que, en razón de las circunstancias descriptas, es inoficioso un pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión que –como federal- promueve la demandada en el recurso extraordinario, en la

medida en que le está vedado a esta Corte expedirse sobre planteos que devienen abstractos (Fallos: 216:147; 231:288; 243:146; 244:298; 253:346; 267:499; 307:2061; 308:1087; 310:670; 312:995; 313:701; 318:550; 320:2603, entre otros).

Por ello, se declara abstracta la cuestión planteada en la presente causa. Reintégrese el depósito de fs. 48, previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Recurso de queja interpuesto por el **Estado Nacional – Secretaría de Gobierno de Agroindustria, parte demanda**, representado por la **Dra. Patricia Marcela Comyn.**

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° 10.**

SHI, JINCHUI c/ MUNICIPALIDAD de la CIUDAD de ARROYITO s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad

ORDENANZAS MUNICIPALES

La ordenanza 1660/2014 de la Municipalidad de Arroyito -prohibición de apertura de supermercados los días domingo-no es irrazonable o desproporcionada, pues se encuentra orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos y de competencia material del municipio (tales como el fortalecimiento del vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancias de los supermercados, y los intereses de los consumidores) y la medida adoptada guarda proporcionalidad con tales fines, sin que se encuentre afectado el contenido esencial de la libertad de comercio, al habilitarse su ejercicio pleno en los restantes horarios disponibles (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti y voto del juez Lorenzetti).

ORDENANZAS MUNICIPALES

La ordenanza 1660/2014 de la Municipalidad de Arroyito -prohibición de apertura de supermercados los días domingo- no es irrazonable o desproporcionada, pues más allá del título dado a la norma -"descanso dominical del trabajador"-, su motivación refiere a diversos aspectos que exceden ostensiblemente cierta interpretación de la libertad de comercio o los derechos de los trabajadores y atañen, directamente, al desarrollo de la vida cotidiana de la comunidad, la necesidad y el interés público en mantener y fortalecer el vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes compatible con el resguardo de los márgenes de ganancias de los supermercados y los intereses de los consumidores, entre otros fines no menos relevantes (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti y voto del juez Lorenzetti).

RECURSO EXTRAORDINARIO

Los agravios del apelante suscitan la cuestión federal que habilita la instancia de excepción, pues el examen de la controversia exige la interpretación de normas de esa naturaleza (arts. 5°, 123 y 75 inciso 12 de la Constitución Nacional) y la decisión apelada ha sido contraria al derecho fundado en ellas (art. 14 de la ley 48).

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

A los fines de resolver las controversias, 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 (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti)

SENTENCIA ARBITRARIA

Cuando los agravios vinculados con la arbitrariedad de la decisión recurrida se encuentran inescindiblemente unidos a la cuestión federal, corresponde que se examinen en forma conjunta con la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti)

MUNICIPALIDADES

La reforma del 1994 dispuso reconocer a los municipios de provincia, sujetos necesarios del federalismo argentino conforme al art. 5 de la Constitución Nacional, el status de derecho público de la autonomía, diferenciando sus contenidos y sus alcances; así respecto de los contenidos, ellos son taxativos y comprenden los ámbitos institucional, político, administrativo, económico y financiero y respecto de los alcances, que conforman el variable perímetro que corresponde a cada contenido, el constituyente los deriva a la regulación propia del derecho público provincial (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

MUNICIPALIDADES

No puede haber municipio autónomo verdadero si no se le reconoce explícitamente entidad política o se le retacea la capacidad de organizar su administración y realizar los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de sus funciones o se los priva del sustento económico-financiero indispensable para que preste aquellos servicios públicos que la provincia le asigne, inherentes a su existencia o se le impide ejercer su autonomía institucional (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

MUNICIPALIDADES

Los alcances de cada contenido autonómico de los municipios deben reflejar la heterogeneidad ínsita en todo régimen federal y por tanto ser fijados por cada provincia, atendiendo a las diferencias observables en la escala de vida vecinal a lo largo y ancho del territorio nacional, con el debido respeto de lo dispuesto por los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional, pues resultaría ilógico e irrazonable que desde la norma constitucional federal se impusiera a las provincias un determinado y uniforme alcance del régimen municipal que iguale a municipios urbanos o rurales, densamente poblados o con pocos vecinos, longevos o nuevos, con perfil sociocultural dominantemente cosmopolita o tradicional (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

MUNICIPALIDADES

El constituyente reformador difirió a cada provincia la específica delimitación de los alcances de cada contenido autonómico de los municipios,

para que en ejercicio del respectivo margen de apreciación local sea cada jurisdicción la que defina el standard jurídico conforme su específica e intransferible realidad (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

MUNICIPALIDADES

Si bien el poder de autodeterminación municipal se inscribe en el de las provincias, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, sin más limitaciones que las enumeradas en el artículo 126 de la Constitución Nacional, ellas deben coordinar el ejercicio de los poderes que conservan de forma tal que se garantice el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos analizados con anterioridad (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

MUNICIPALIDADES

La necesaria existencia de un régimen municipal determina que las leyes provinciales no sólo deben imperativamente establecer los municipios, sino que no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido; en tanto 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 (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

MUNICIPALIDADES

La Constitución de la Provincia de Córdoba regula específicamente el régimen municipal en el artículo 180 al reconocer la existencia del municipio como una comunidad natural fundada en la convivencia y asegura el régimen municipal basado en su autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional, así los municipios son independientes de todo otro poder en el ejercicio de sus atribuciones (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

MUNICIPALIDADES

Del reconocimiento del municipio como comunidad natural fundada en la convivencia se sigue necesariamente la facultad de usar los medios requeridos para la consecución de sus fines; es decir, tener gobierno con suficiencia de medios dentro de su esfera de acción, lo que supone, por un lado, la libertad de elección de sus autoridades y administrarse con independencia del poder central y no ser meros ejecutores, y por otro, afirmar su naturaleza política económica, administrativa financiera e institucional, lo que ha sido reclamado por la concepción del municipio que sea reconocido y para el bien común de la sociedad (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

MUNICIPALIDADES

La reforma de la Constitución de la Provincia de Córdoba reconoce a los municipios facultades propias de legislar en las materias que define y que le son exclusivas en la búsqueda de un municipio ampliamente participativo y eficaz (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

MUNICIPALIDADES

Los constituyentes de la Provincia de Córdoba atribuyeron la posibilidad a los municipios del ejercicio de cualquier función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por la Constitución y no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado (art. 186, inc. 14) (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti y voto del juez Lorenzetti)

MUNICIPALIDADES

El tipo asociativo “comunitario”, predominante en la trama de relaciones sociales del municipio demandado -Municipalidad de Arroyito- , ha permitido desarrollar un sistema participativo con miras a la consecución de fines con arreglo a valores (valores que no están exentos de una construcción cooperativa permanente), con aptitud para comprender y procesar la complejidad de los problemas sociales y lograr las soluciones adecuadas, construyendo una relación directa entre la participación política y el mejoramiento de la calidad de vida (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

MUNICIPALIDADES

Las peculiares características del municipio de Arroyito y la gimnasia participativa de sus vecinos permitieron elaborar los antecedentes que culminaron en la sanción de la ordenanza 1660/2014 - prohibición de apertura de supermercados los días domingo-, que dan cabal testimonio de la existencia de acuerdos sociales horizontales de idéntico contenido al de la norma adoptada, promovidos y facilitados por las autoridades locales (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

MUNICIPALIDADES

Sostener que la regulación adoptada por la ordenanza 1660/2014 -prohibición de apertura de supermercados los días domingo-, en cuanto tiene como objeto proteger un estilo de vida comunitario asumido por los vecinos y decidido por un amplio consenso, resulta ajena a las facultades del municipio por afectar el comercio, es irrazonable, pues por el contrario, tal argumento supondría desconocer los aspectos inherentes a la vida cotidiana de una comunidad pequeña, e intentar imponerle una lógica que le es ajena, si bien tal vez propia de las grandes ciudades (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

LIBERTAD DE COMERCIO

En la escala de una ciudad como la que es objeto de la causa -Municipalidad de Arroyito-, asumir que la libertad de comercio -afectada globalmente por factores tales como la presión impositiva, los costos de la energía, la deficiencia de infraestructura, la política desigual de los Estados en materia proteccionista, la intermediación evitable, la publicidad engañosa y otros factores relevantes- sufre una intolerable restricción porque se prohíbe a los supermercados de ciertas características atender los sábados a la tarde y los domingos, frustrando las condiciones de la competencia y -con ello impidiendo la baja de los precios de las mercaderías, equivale a subestimar la inteligencia media de los vecinos en tanto consumidores (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

LIBERTAD DE COMERCIO

La libertad de comercio es reconocida en el art. 14 de la Constitución Nacional, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, de lo que

se desprende de manera palmaria su carácter no absoluto (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti y voto del juez Lorenzetti).

CONSTITUCION NACIONAL

Los derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional, no son absolutos, sino que deben ser desplegados con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti y voto del juez Lorenzetti).

ORDENANZAS MUNICIPALES

De las disposiciones adoptadas por el Municipio de Arroyito - ordenanza 1660/2014-, en particular de los acuerdos celebrados en el plano horizontal, surge de manera evidente y con claridad que los vecinos han consensuado diversas soluciones para supuestos distintos y dicho tratamiento diferenciado no conlleva per se la contradicción de normas de jerarquía superior como la Constitución Nacional (art. 14 bis sobre "jornada limitada de trabajo"), tratados internacionales con jerarquía constitucional (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7°, inciso d), leyes nacionales (Ley de Contrato de Trabajo y normas complementarias) y convenios internacionales con jerarquía supra legal (Convenio I de la Organización Internacional del Trabajo) (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

JORNADA DE TRABAJO

Si bien la Constitución Nacional, en su art. 14 bis, consagra los derechos de los trabajadores, y dispone la jornada limitada de trabajo y descanso y vacaciones pagados, no especifica los aspectos concretos de estas garantías, ya que no estipula un tope horario respecto a la limitación temporal de la jornada laboral, ni refiere expresamente al trabajo dominical, dejando el criterio a la reglamentación legal (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

CONTRATO DE TRABAJO

La Ley de Contrato de Trabajo diseña en su art. 204 un régimen diferenciado donde la regla general es el descanso sabático y dominical salvo en los casos de excepción contemplados en la misma ley para supuestos específicos y los que las leyes o reglamentaciones prevean, es decir que, en materia de excepciones, el art. 204 de la LCT remite a leyes y reglamentaciones vigentes, sin precisar su origen ni distinguir entre las normas locales que eran admitidas al momento de la sanción de la ley 20.744 o las establecidas con posterioridad (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

JORNADA DE TRABAJO

El art. 18 del decreto nacional 2284/1991 de desregulación económica, propia de la policía del trabajo, ratificado por la ley de presupuesto 24.307 (art. 29), suprimió toda restricción de horarios y días de trabajo en la prestación de servicios de venta, empaque, expedición, administración y otras actividades comerciales afines, sin perjuicio de los derechos individuales del trabajador, o sea, sin perjuicio del derecho a gozar de un descanso compensatorio para los trabajadores que tuvieran que realizar tareas los sábados a la tarde y los domingos (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

JORNADA DE TRABAJO

Más allá de la normativa laboral que consagra como regla general la prohibición de que los trabajadores presten servicios los días domingo pero permite establecer excepciones a esa regla, la imposición de un descanso dominical también puede provenir de las disposiciones locales dictadas en ejercicio del poder de policía que regulan los días y horarios de apertura y cierre de los comercios (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

JORNADA DE TRABAJO

Las normas adoptadas por el legislador nacional en torno al descanso dominical no se encuentran desvirtuadas por la ordenanza del Municipio de Arroyito 1660/2014 -prohibición de apertura de supermercados los días domingo-, sino que ambas coinciden en la protección del bien

jurídico definido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional; pues tanto las previsiones nacionales como municipales confluyen teleológicamente en la misma finalidad relativa a permitir que los vecinos canalicen y desarrollen durante el fin de semana aspectos propios de la vida en familia y en comunidad, por lo que -en definitiva- no existe colisión normativa alguna ni se verifica agravio ni lesión al art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clase de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio, personal o de grupo (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti y voto del juez Lorenzetti).

CONTROL DE RAZONABILIDAD

El control de razonabilidad en materia de igualdad exige determinar si a todas las personas o situaciones incluidas en una 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 recibir igual atención jurídica y finalmente, se exige que sus consecuencias no resulten desproporcionadas respecto de la finalidad perseguida, de manera de evitar resultados excesivamente gravosos (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti y voto del juez Lorenzetti).

ORDENANZAS MUNICIPALES

El fundamento de la ordenanza 1660/2014 del Municipio de Arroyito -prohibición de apertura de supermercados los días domingo-, basada en dos parámetros -extensión espacial del establecimiento y quienes atienden al público- es la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancias de los supermercados, por lo cual la norma establece una distinción normativa basada

en causas objetivas (superficie y modalidad de atención) para brindar tratamiento diverso a supuestos de hecho que se consideran diferentes permite, lo que permite concluir que no surge de las mismas un espíritu persecutorio o una discriminación arbitraria, aun cuando el camino elegido por el órgano legislativo municipal pudiera ser opinable (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti y voto del juez Lorenzetti).

INTERPRETACION DE LA LEY

Los textos legales no deben ser considerados aisladamente sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquellos (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti y voto del juez Lorenzetti).

INTERPRETACION DE LA LEY

Al interpretarse una disposición debe indagarse el verdadero alcance de la norma mediante un examen de sus términos que consulte su racionalidad, no de una manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos de manera que guarden debida coherencia y atendiendo a la finalidad que se tuvo en miras con su sanción (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti y voto del juez Lorenzetti).

PROTECCION INTEGRAL DE LA FAMILIA

La protección integral de la familia ha sido consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y se proyecta, en singular correspondencia, en el ámbito municipal al establecer el art. 34 de la Carta Orgánica de Córdoba a la familia como la célula social básica; por lo cual la estipulación de normas tendientes a su protección, alentada por los propios vecinos – ordenanza 1660/2014 del Municipio de Arroyito-, no solo no podría ser objetable sino que se presenta en línea con una manda constitucional expresada en los tres niveles de gobierno (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti).

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza 1660/2014 del Municipio de Arroyito -prohibición de apertura de supermercados los días domingo-, pues la norma resulta, en una recta interpretación del plexo jurídico en su conjunto, una reglamentación razonable orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos para el gobierno local (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti y voto del juez Lorenzetti).

FEDERALISMO

Toda vez que el federalismo que adopta la Constitución (art. 1°) se ha visto disminuido por la legislación infraconstitucional en numerosos aspectos, resulta relevante que la Corte cumpla con su función de interpretar de modo coherente la legislación para hacerla compatible con el modelo federal que la Constitución Nacional consagra y en esta tarea, es necesario integrar la cláusula general de la Constitución con criterios legales generales que ordenen las conductas hacia la concreción de su específica aplicación (Voto del juez Lorenzetti).

FEDERALISMO

El federalismo que la Constitución consagra y la Corte aplicó en numerosos precedentes significa que la concentración de decisiones se desplaza hacia la descentralización institucional (Voto del juez Lorenzetti).

FEDERALISMO

El marco general del diseño institucional del país es el principio de la descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa (Voto del juez Lorenzetti).

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Los principios son normas que establecen juicios de deber ser que receptan valores aspiracionales, de modo que su configuración normativa

es, prima facie, inacabada y susceptible, por lo tanto, de ser completada (Voto del juez Lorenzetti).

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La diferencia entre la antinomia de reglas o colisión de principios es relevante a la hora de argumentar y resolver un conflicto, porque el primer supuesto conduce a aplicar una de ellas y excluir a la otra ya que sus efectos son incompatibles, mientras que la aplicación de un principio no desplaza al otro, sino que lo precede conforme al juicio de ponderación en el caso concreto encontrando un punto de equilibrio (Voto del juez Lorenzetti).

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Un principio jurídico es un mandato destinado a lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros principios competitivos que resulten aplicables en el mismo campo de argumentación (Voto del juez Lorenzetti).

LIBERTAD DE COMERCIO

Cuando en el caso se debe ponderar la libertad de comercio, la protección del trabajo, el federalismo, y la descentralización institucional de las decisiones, en distintas fuentes de derecho, la tarea judicial consiste en establecer un diálogo entre ellas (arts. 1° y 2° del Código Civil y Comercial de la Nación), de modo que la interpretación sea coherente y armónica, considerando las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos (Voto del juez Lorenzetti).

INTERPRETACION DE LA LEY

La existencia de diferentes leyes nacionales, provinciales y municipales obliga a una reconstrucción de la coherencia del sistema jurídico, a posteriori de la promulgación de cada una de ellas, lo que confiere a la sentencia el carácter de una norma jurídica de concretización de una argumentación razonable (art. 3 Código Civil y Comercial de la Nación) (Voto del juez Lorenzetti).

ORDENANZAS MUNICIPALES

La ordenanza 1660/2014 del Municipio de Arroyito -en cuanto regula el horario de apertura y cierre de comercios en el ámbito municipal – no es ajena a las facultades del municipio, pues la norma se inserta en el ejercicio del poder de policía y no en cuestiones de derecho laboral, materia que es de competencia exclusiva del Congreso de la Nación (Voto del juez Lorenzetti).

FEDERALISMO

La descentralización institucional es un poderoso instrumento para el desarrollo de las regiones, ciudades y diferentes tipos de actividades y el significado concreto del federalismo, en este aspecto, es fortalecer ámbitos locales de decisión autónomos compatibles con una base de presupuestos mínimos nacionales (Voto del juez Lorenzetti).

AUTONOMIA MUNICIPAL

La autonomía municipal debe ser interpretada como parte de un sistema institucional orientado hacia la descentralización y fundado en un federalismo cooperativo (Voto del juez Lorenzetti).

ORDENANZAS MUNICIPALES

No se advierte una interferencia relevante entre la ordenanza 1660/2014 del Municipio de Arroyito - en cuanto regula el horario de apertura y cierre de comercios en el ámbito municipal – y la norma nacional, pues no se ha probado que con la decisión de prohibir la apertura de los supermercados los días domingo se impida el desarrollo pleno del comercio y por lo demás, no se trata de una restricción al comercio interprovincial sino que el conflicto solo se materializa en el ámbito del municipio (Voto del juez Lorenzetti).

PODER LEGISLATIVO

El Poder Legislativo tiene la facultad de restringir el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Nacional a fin de preservar otros bienes también ponderados en ella, en tanto nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no alterarlos en su substancia y de respetar los límites impuestos por las normas de jerarquía superior (Voto del juez Lorenzetti).

RAZONABILIDAD DE LA LEY

El límite sustancial que la Constitución impone a todo acto estatal, y en particular a las leyes que restringen derechos individuales, es el de la razonabilidad (Voto del juez Lorenzetti).

LEY

Las leyes deben perseguir un fin válido a la luz de la Constitución Nacional; las restricciones impuestas deben estar justificadas en la realidad que pretenden regular; y los medios elegidos deben ser proporcionados y adecuados para alcanzar los objetivos proclamados (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional) (Voto del juez Lorenzetti).

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La proporcionalidad supone que las restricciones que se impongan no deben valorarse en abstracto sino en función de la entidad del bien que se pretende proteger (Voto del juez Lorenzetti).

ORDENANZAS MUNICIPALES

Corresponde declarar inadmisible el recurso deducido contra la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza 1660/2014 del Municipio de Arroyito, pues la recurrente no ha desvirtuado lo sostenido por el a quo en el sentido de que la ordenanza citada tiene por objeto establecer la obligatoriedad del descanso dominical para un sector de

trabajadores de dicha ciudad y de que la regulación de tal materia corresponde al Congreso de la Nación en los términos del art. 75 inciso 12 de la Constitución Nacional (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

ORDENANZAS MUNICIPALES

Es evidente que, al regular el descanso dominical a través de la ordenanza 1660/2014 el Municipio de Arroyito ha invadido una competencia que está reservada de manera exclusiva al Congreso de la Nación, ya que todo lo que queda comprendido en el derecho del trabajo y la seguridad social es parte integrante del derecho de fondo (artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

JORNADA DE TRABAJO

En uso de facultades constitucionales que le competen de modo exclusivo (artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional) el Congreso, a través del decreto ratificado por la ley 24.307, suprimió toda restricción de días de trabajo, sin perjuicio de los derechos individuales del trabajador, por lo cual a la luz de ese marco normativo, el Municipio de Arroyito no tenía atribución alguna para dictar una norma –ordenanza 1660/2014- contraria a dichas disposiciones (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

PODER DE POLICIA

El ejercicio del poder de policía municipal no puede desnaturalizar los aspectos del contrato de trabajo regulados por el derecho común, como lo es el relativo al descanso dominical, pues el poder de policía local no puede llegar al extremo de desconocer o invadir una atribución exclusiva que la Constitución Nacional, en el artículo 75, inciso 12, ha puesto bajo la órbita del Gobierno Federal (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

CONGRESO NACIONAL

La facultad conferida a la Nación de dictar los códigos y leyes comunes es de naturaleza exclusiva y, por consiguiente, el Congreso, al ejercitarla, puede impedir que las provincias alteren o modifiquen el contenido de las leyes sustantivas, pues de lo contrario, la delegación hecha al gobierno de la Nación para dictar los códigos comunes habría quedado reducida a una mera fórmula, en tanto la mayor parte de las instituciones comprendidas en aquellos son susceptibles de considerables restricciones motivadas en razones de policía (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

ORDENANZAS MUNICIPALES

Es inadmisible el recurso deducido contra la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza 1660/2014 del Municipio de Arroyito -prohibición de apertura de supermercados los días domingo-, pues las genéricas apreciaciones del municipio apelante con respecto a la potestad que se le atribuyó para limitar el ejercicio de determinados derechos individuales con la finalidad de asegurar el interés general y al deber inexcusable de promover y defender los valores históricos que hacen al ambiente y al modo de vida de la comunidad, no alcanzan a constituir una fundamentación seria y adecuada para el tratamiento de la supuesta lesión a los arts. 5° y 123 de la Constitución Nacional que habría provocado el fallo recurrido (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

La admisibilidad del recurso extraordinario está condicionada a que la cuestión federal haya sido resuelta en forma contraria al derecho de esa naturaleza invocado por el recurrente, desde que la razón de ser de esta apelación excepcional radica en la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución Nacional, tratados y leyes que consagra el art. 31 de la Carta Fundamental (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

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

ORDENANZAS MUNICIPALES

Es inadmisible el recurso deducido contra la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza 1660/2014 del Municipio de Arroyito con fundamentos en que la demandada, al determinar un sistema de sanciones por inobservancia del descanso dominical, se inmiscuyó en una materia que no fue delegada por la provincia a los municipios (arts. 54 y 186, inc. 14, de la Constitución provincial), pues tales cuestiones remiten a aspectos propios del derecho público local que han sido resueltos por el tribunal de la causa sin arbitrariedad, sobre la base de que la actividad administrativa denominada policía del trabajo -que se refiere al control del cumplimiento de las normas y la aplicación de sanciones a los infractores- es propia del Estado provincial y que aquella competencia fue ejercida al dictar la ley 8350 sobre la base de lo dispuesto por el art. 54 de la Constitución de Córdoba (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

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

SENTENCIA ARBITRARIA

La arbitrariedad es de carácter excepcional y no tiende a sustituir a los jueces de la causa en cuestiones que les son privativas, ni a corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputen tales, ya que sólo admite los supuestos de desaciertos y omisiones de gravedad extrema, a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

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

DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Es inadmisible el recurso deducido contra la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza 1660/2014 del Municipio de Arroyito, pues la vía federal intentada resulta improcedente, toda vez que lo atinente a la declaración de inconstitucionalidad de normas locales no constituye cuestión federal apta para sustentar el remedio intentado, ya que no existe resolución favorable a la validez de la norma local cuestionada, y tampoco se advierte que los argumentos esgrimidos con sustento en la arbitrariedad de la sentencia resulten eficaces para habilitar la vía excepcional intentada (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs. 160/172 de los autos principales remitidos en fotocopias certificadas (foliatura a la que me referiré en adelante), el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba hizo lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad deducida por el actor -propietario de un supermercado- contra la Municipalidad de la ciudad de Arroyito, en los términos del art. 165, inc. 1°, apartado "a", de la Constitución de Córdoba, y declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza 1660/14 dictada por el Concejo Deliberante de aquella ciudad, denominada "Descanso dominical del trabajador".

Para decidir de este modo, el tribunal efectuó, en primer lugar, diversas consideraciones acerca de la norma impugnada, las normas nacionales que regulan el descanso semanal de los trabajadores, la ley provincial 8350 que permite a los establecimientos comerciales o de servicios determinar libremente los días y horarios de apertura y cierre, el poder de policía en materia de trabajo y la policía del trabajo como control del cumplimiento de las normas y la aplicación de sanciones a los infractores, el esquema de organización del Estado federal que importa el reconocimiento de niveles diferenciados de gobierno, como así también con respecto a la autonomía y competencia material del municipio y los límites al poder de policía municipal.

Seguidamente, sostuvo que la ordenanza 1660/14 pone de manifiesto la extralimitación insalvable en la que ha incurrido el municipio al haber establecido la obligación de los supermercados de respetar el descanso dominical en forma absoluta, pues ha invadido la esfera de competencia reservada en forma exclusiva al Congreso de la Nación, ya que todo lo que queda comprendido en el derecho del trabajo y la seguridad social es parte integrante del derecho de fondo (art. 75, inc.12, de la Constitución Nacional).

Añadió que, en la medida en que la ordenanza regula un sistema de sanciones por inobservancia del descanso dominical, invade la esfera de competencia de la provincia, por cuanto dicha materia no ha sido delegada a los municipios, además de que existe un régimen general de sanciones por infracciones laborales, uniforme para toda la Nación, regulado por la ley 25.212, anexo II.

En cuanto al poder de policía municipal que invocó la demandada para justificar su competencia para dictar la ordenanza impugnada, señaló que, si bien el municipio puede establecer restricciones al horario comercial en ejercicio de aquel poder, ello está supeditado a que dichas limitaciones estén vinculadas a las atribuciones propias del municipio, tal como dispone el art. 186, inc. 7°, de la Constitución provincial. Además, dicho ejercicio debe ser razonable, lo que supone la constitucionalidad o legalidad de los motivos invocados para justificar la restricción. Entendió el tribunal que, en el caso, el respeto del descanso dominical impuesto a los comercios resulta inconstitucional, pues el municipio carece de competencia para regular esa materia y, al hacerlo, ha invadido la esfera de competencia de los otros órdenes de gobierno que coexisten dentro del Estado federal (arts. 14 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional y arts. 54 y 186, inc. 14, de la Constitución provincial).

-II-

Disconforme con este pronunciamiento, la demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 181/196 que, denegado, dio origen a la presente queja.

Sostiene que la decisión apelada parte arbitrariamente de una premisa falsa y equivocada al considerar que la normativa cuestionada en autos tiene naturaleza laboral. Añade que el tribunal, apartándose del contenido real de la ordenanza 1660/14, entendió que tiene por objeto establecer la obligatoriedad del descanso dominical para un sector de trabajadores de la ciudad de Arroyito y, sin embargo, del análisis de su texto se puede comprobar que el art. 1° dispuso la prohibición de apertura de los supermercados de esa ciudad el día domingo, sin distinguir la situación de los comercios que tienen empleados de aquellos que no los tienen.

Pone de resalto que una norma que regula relaciones en las cuales no interviene ningún empleado evidentemente no tiene naturaleza laboral, máxime cuando el propio actor sólo alega que se ha afectado su derecho a trabajar y ejercer el comercio. Señala que la ordenanza 1660/14 tiene por objeto mantener una costumbre local que tiende a favorecer que todos los habitantes de la ciudad puedan dedicar el día domingo a sus familias y actividades de culto, además de proteger a los pequeños y medianos comerciantes.

Por otra parte, expresa que, en caso de sostenerse que existe una contradicción entre lo previsto por la ley 8350 de la Provincia de Córdo-

ba y por la ordenanza 1660/14 de la ciudad de Arroyito, lo cierto es que mientras la primera es una norma general destinada a regir en todo el ámbito de la provincia para todas las actividades, la segunda constituye una norma posterior y especial dictada por el municipio en el ámbito de su competencia, destinada a regular en su ámbito territorial una situación particular como es el horario de apertura de los supermercados, en orden a preservar una modalidad de vida arraigada y consentida por todos los actores sociales de aquella ciudad. Al ser un principio de nuestro derecho que toda norma especial deroga una ley general y al haber sido excluida la ley local 8350 de modo expreso por lo previsto por la ordenanza, existe contradicción alguna entre arabos ordenamientos.

En cuanto a la esfera de competencia municipal y a su poder de policía, sostiene que el art. 186, inc. 7°, de la Constitución provincial confiere a los municipios la facultad regular lo que atañe a los mercados y al ambiente. Agrega que la ordenanza en cuestión fue dictada en ejercicio de tales competencias, sin transgredir ningún límite, pues la facultad de fijar razonablemente un horario de apertura y cierre de los locales, prohibiendo la apertura de los supermercados el día domingo, está dentro de las facultades implícitas reconocidas a las municipalidades para regular todo lo que haga al bienestar general mientras no esté prohibido y no sea materia que corresponda en exclusividad a otro nivel estadual.

Señala que si no existiera la norma cuestionada con su fuerza obligatoria para todos los habitantes de Arroyito no podría defenderse la costumbre local fuertemente arraigada de dedicar el domingo a la recreación familiar y al culto que cada uno profese, porque si un solo supermercado trabaja ese día, ello es suficiente para que la competencia no sea igualitaria entre todos los supermercados y perjudicaría a los que no abren el domingo.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario interpuesto es formalmente inadmisible, toda vez que en la especie no media resolución contraria al derecho federal en los términos exigidos por el art. 14, inc. 2°, de la ley 48 al reconocer la sentencia apelada la supremacía de la Constitución Nacional respecto de la ordenanza local que impugnó el actor (Fallos: 263:346; 271:140; 300:474; 314:1776; 318:1690; 327:1548, 5794, entre otros).

En efecto, según surge de la reseña efectuada, la razón decisiva de la Corte provincial para fundar su pronunciamiento fue la invasión de

la esfera de competencia del Congreso Nacional en que incurrió el municipio al dictar la ordenanza 1660/14, por cuanto lo relativo al descanso dominical del trabajador integra el derecho de fondo cuya regulación corresponde en forma exclusiva al legislador nacional en atención a lo dispuesto por el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

Por lo demás, las genéricas apreciaciones del municipio apelante con respecto a la potestad que se le atribuyó para limitar el ejercicio de determinados derechos individuales con la finalidad de asegurar el interés general y al deber inexcusable de promover y defender los valores históricos que hacen al ambiente y al modo de vida de la comunidad, tampoco alcanzan a constituir una fundamentación seria y adecuada para el tratamiento de la supuesta lesión a los arts. 5° y 123 de la Constitución Nacional que habría provocado el fallo recurrido.

Al respecto, cabe recordar que la Corte ha condicionado la admisibilidad del recurso extraordinario, desde sus primeras decisiones, a que la cuestión federal haya sido resuelta en forma contraria al derecho de esa naturaleza invocado por el recurrente, desde que la razón de ser de esta apelación excepcional radica en la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución Nacional, tratados y leyes que consagra el art. 31 de la Carta Fundamental. Por ello, V.E. ha enfatizado en el tradicional precedente de Fallos: 189:308 "que rige el inciso 2° del art. 14 de la ley 48, que limita la jurisdicción apelada de esta Corte a los casos en que 'la decisión haya sido a favor de la validez de la ley o autoridad de provincia'" exigencia que se ha mantenido inalterada (Fallos: 311:955; 327:5733).

En cuanto a los agravios fundados en la arbitrariedad de lo decidido con respecto a la naturaleza laboral de la ordenanza impugnada, entiendo que tampoco son admisibles, pues la apelante se limita a sostener que aquella norma prohíbe la apertura de los supermercados el día domingo -incluyendo a los que no tengan empleados- con el fin de mantener una costumbre local y proteger a los pequeños y medianos comerciantes. Tales afirmaciones no alcanzan para desvirtuar lo afirmado por el tribunal en el sentido de que la ordenanza tiene por objeto establecer la obligatoriedad del descanso dominical para un sector de trabajadores de la ciudad de Arroyito, materia que se encuentra contemplada por un plexo normativo (leyes 18.204 y 20.744) que tiene como base el art. 14 bis de la Constitución Nacional como expresión del constitucionalismo social, conforme al cual las leyes que protejan el trabajo en sus diversas formas deben asegurar al trabajador "descanso y vacaciones pagados".

Igual suerte corresponde a la queja dirigida a cuestionar la conclusión del tribunal en cuanto a que la demandada, al determinar un sistema de sanciones por inobservancia del descanso dominical, se inmiscuyó en una materia que no fue delegada por la provincia a los municipios (arts. 54 y 186, inc. 14, de la Constitución provincial). Considero que aquellas cuestiones remiten a aspectos propios del derecho público local que han sido resueltos por el tribunal de la causa sin arbitrariedad, sobre la base de que la actividad administrativa denominada "policía del trabajo" -que se refiere al control del cumplimiento de las normas y la aplicación de sanciones a los infractores- es propia del Estado provincial y que aquella competencia fue ejercida al dictar la ley 8350 sobre la base de lo dispuesto por el art. 54 de la Constitución local.

En este orden de ideas, cabe recordar que, según inveterada doctrina de la Corte, el respeto de las autonomías provinciales exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que, en lo esencial, versan sobre aspectos propios del derecho público local (Fallos: 311:1428, 312: 943, 313:548, 314:810, entre otros).

También tiene dicho el Tribunal que la arbitrariedad es de carácter excepcional y no tiende a sustituir a los jueces de la causa en cuestiones que les son privativas, ni a corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputen tales, ya que sólo admite los supuestos de desaciertos y omisiones de gravedad extrema, a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (Fallos: 324:3421; 3494; 4123; 4321).

En tales condiciones , entiendo que la vía federal intentada resulta improcedente, toda vez que lo atinente a la declaración de inconstitucionalidad de normas locales no constituye cuestión federal apta para sustentar el remedio intentado, ya que no existe resolución favorable a la validez de la norma local cuestionada (Fallos: 295:797; 311:955; 313:714; 318:1357; 319:2409; entre otros), y tampoco se advierte que los argumentos esgrimidos con sustento en la arbitrariedad de la sentencia resulten eficaces para habilitar la vía excepcional intentada.

-IV-

Opino, por lo tanto, que corresponde declarar la inadmisibilidad formal de la queja y del recurso extraordinario interpuestos. Buenos Aires, 12 de abril de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que el actor, propietario del establecimiento comercial denominado "Supermercado Arroyito" dedujo acción declarativa de inconstitucionalidad, con arreglo al art. 165, inc. 1°, ap. a, de la Constitución de la Provincia de Córdoba, contra la Municipalidad de la Ciudad de Arroyito, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1° y 2°, inc. a, de la ordenanza 1660, sancionada por el Concejo Deliberante de dicha comuna el 25 de agosto de 2014 y promulgada por Decreto 443-W14 el día 26 de ese mes y año.

Adujo que tal ordenanza, denominada "Descanso Dominical del Trabajador", prohíbe a los supermercados de la ciudad de Arroyito abrir los días domingo y sanciona las infracciones a esa prohibición con multas de montos progresivos ante la reiteración y con clausuras en días hábiles, previendo, incluso, la clausura definitiva. Destacó que, a los efectos de su aplicación, la norma considera "supermercado" a "*todo establecimiento comercial que tiene por finalidad vender bienes de consumo de uso habitual en un hogar, cuyo lugar de venta y atención al público tenga una superficie igual o superior a los 100m2*". Sostuvo que el Supermercado Arroyito comercializa artículos de consumo masivo (alimentos, bebidas de todo tipo, productos de limpieza, perfumería, etc.; y los que se venden en la carnicería y verdulería instaladas en el interior del supermercado, espacios que se encuentran concesionados y atendidos por sus concesionarios). Destacó, entre otros puntos, que en virtud del contenido de la ordenanza impugnada, a los supermercados que alcanza –como el suyo- se los obliga a cerrar sus puertas al público los días domingo, en forma discriminatoria, con lo que se lesionan sus derechos adquiridos de ejercer el comercio y de propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) sin que la Municipalidad de la Ciudad de Arroyito tenga competencia para ello, por

ser materia de derecho común, que está delegada al gobierno federal y que, por ser poder delegado, no puede volver a ser ejercido por las provincias, siguiendo igual limitación la autonomía municipal (fs. 25/35 de los autos principales a cuya foliatura se aludirá en lo sucesivo).

2°) Que la Municipalidad de Arroyito, al contestar demanda (fs. 77/82), alegó que: a) la totalidad de los propietarios de supermercados de la ciudad junto con el Municipio, el Centro de Comercio local, el Sindicato de Empleados de Comercio y el Agregado Parroquial, firmaron un Acta Acuerdo en forma voluntaria mediante la cual a partir del 3 de octubre de 2004 no abrirían los comercios los días domingo; b) el actor inició su actividad en 2013 y, en oportunidad de su inscripción municipal, fue informado sobre la modalidad de cierre de los locales producto del acuerdo celebrado; c) el no acatamiento de la medida produjo malestar entre los propietarios de supermercados locales; d) el 6 de junio de 2014 se instrumentó otra Acta Acuerdo, ratificando básicamente la de 2004, que el actor no suscribió si bien participó de las reuniones previas; e) desde el 29 de agosto de 2014, ante la renuencia de Shi Jinchui y otra comerciante de origen chino a cerrar los días domingo, sumado a la preocupación del resto de los titulares de supermercados y de sus trabajadores, se iniciaron gestiones para invitarlos nuevamente a suscribir el acuerdo y continuar con la conducta de la mayoría, sin resultado; f) ante la situación planteada, el Concejo Deliberante sancionó la ordenanza impugnada en el caso. Tras aludir a los fundamentos y disposiciones de la norma en cuestión, con apoyo en precedentes jurisprudenciales, invocó que su dictado se sustentó en el ejercicio de las potestades normativas originarias que reconocen su fuente en la consagración constitucional de la autonomía municipal y el despliegue del poder de policía. Postuló que "*el procedimiento adoptado tanto por el Departamento Ejecutivo Municipal como por los legisladores municipales intentó dirimir un conflicto social entre empleados y propietarios de supermercados locales que solo las autoridades municipales pueden valorar, y lo logró*".

3°) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la ordenanza 1660 (fs. 160/171). Al efecto consideró que:

a) la norma tiene como objeto establecer la obligatoriedad del descanso dominical para un sector de trabajadores de la ciudad de Arroyito (personal que se desempeña en comercios de venta de artículos

masivos, definidos como supermercados) para lo cual ordena el cierre de los locales de dichos comercios durante todo el día domingo de cada semana del año calendario. Asimismo, el art. 2 establece expresamente cuáles son los establecimientos que quedan comprendidos dentro de la prohibición de abrir al público durante ese día (los supermercados) y cuáles son los que quedan fuera de la interdicción (los minimercados);

b) como lo señaló en un precedente similar, todo lo concerniente a esta importante materia -descanso semanal- está contemplado por un plexo normativo que tiene como base el art. 14 bis de la Constitución Nacional conforme al cual las leyes que protejan el trabajo, en sus diversas formas, deben asegurar al trabajador "descanso y vacaciones pagados". En la misma línea se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que también garantiza "el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos" (art. 7, inc. d). El régimen de descanso semanal se encuentra reglado de manera uniforme para toda la Nación por la ley 18.204 (art. 1°) y por el art. 204 de la LCT, preceptos que prohíben la ocupación del trabajador desde la hora 13 del sábado hasta las 24 del domingo existiendo la posibilidad de que la reglamentación establezca excepciones que, en rigor, no lo son al descanso semanal sino al momento en el cual puede llevarse a cabo;

c) la ley provincial 8350, en consonancia con la desregulación comercial dispuesta por el decreto 2284/91, estableció que "*los propietarios o encargados de todo tipo de establecimientos comerciales o de servicios, mayoristas o minoristas, con o sin venta al público, con o sin empleados en relación de dependencia, podrán determinar libremente los días y horarios de apertura y cierre. Podrán asimismo desarrollar sus actividades los días domingos y feriados*". No obstante "*la libertad que pregona el art. 1°, está ajustada, enmarcada y acotada al cumplimiento de la normativa que rige en la materia*" pues su art. 2° prescribe que "*el régimen de trabajo para el personal en relación de dependencia de la actividad comercial o de servicio, se ajustará en todos los casos a las disposiciones de la legislación laboral vigente*"; como consecuencia, la ley posibilita la libertad de horario entre los comercios, pero siempre que se respete la legislación laboral por ser materia de fondo que, en virtud del esquema de distribución de competencias (art. 75, inc. 12), es atribución exclusiva del Congreso

de la Nación. La misma ley designa como autoridad de aplicación al Ministerio de Trabajo al que, en ejercicio de la policía del trabajo, se le reconoce la posibilidad de efectuar el contralor de las planillas de horario y descanso del personal; al mismo tiempo, se especifica que la Subsecretaría de Comercio ejercerá el contralor del horario de atención al público;

d) conforme al régimen vigente, tanto el poder de policía en materia laboral como el control del cumplimiento de las normas laborales –manifestación de la facultad administrativa denominada "policía del trabajo" o "inspección del trabajo"- corresponden al estado provincial y no han sido delegadas a los municipios. Así lo determina el art. 54 de la Constitución de la Provincia de Córdoba que establece: "*El Estado Provincial ejerce la policía del trabajo en el ámbito personal y territorial, sin perjuicio de las facultades del Gobierno Federal en la materia*". Por su parte, el art. 144, al enumerar las atribuciones del Gobernador prescribe, en el inciso 17 "*Tiene a su cargo, conforme a las leyes, la policía del trabajo*". La ley 25.212, sancionada bajo la forma de "Pacto Federal", establece el régimen general de sanciones a las infracciones laborales aplicable a todas las jurisdicciones (calificando como infracción grave la violación de normas en materia de duración del trabajo, descanso semanal, vacaciones, licencias, feriados, días no laborables y en general, tiempo de trabajo, art. 3, inc. c). Por su parte, la ley 25.877 crea el Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social -compuesto por las autoridades provinciales, la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la autoridad nacional- cuyo fin es el control y la fiscalización del cumplimiento de las normas laborales en todo el territorio de la Nación. Hay pues un único régimen en materia de sanciones por infracciones laborales para todo el país pero la autoridad encargada de ejercer el control y de aplicar las sanciones, es la provincial o local;

e) en el esquema de organización del estado federal, sobre las provincias pesa la obligación de asegurar la autonomía municipal (arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional). Como consecuencia, los municipios integran la estructura federal, en lo que algunos autores han denominado "trinidad constitucional: municipio-provincia-estado federal", a la que hay que sumar –en cuarto nivel estadual- a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esto, a su vez, importa el reconocimiento de niveles diferenciados de gobierno, que se traduce en un sistema jurídico "plurilegislativo". El ámbito de actuación de cada uno de esos órdenes

debe ser analizado en función de la dimensión espacial (principio de territorialidad) y de la dimensión jerárquica (principio de supremacía). En ese entramado, las ordenanzas municipales tienen el mismo valor y fuerza normativa que las leyes provinciales y nacionales siempre que hayan sido dictadas en el ámbito de su competencia territorial y material;

f) de la exégesis gramatical del título segundo de la segunda parte de la Constitución Provincial surge de manera explícita e indubitable que el constituyente de 1987 confirió a los municipios autonomía, carácter que la Constitución Nacional reconoció a partir de 1994. Los municipios cuentan con facultad para dictar normas generales pero coordinadas necesariamente con un orden jurídico superior que establece límites a esa facultad; de allí que poseen potestad legislativa para reglamentar las materias que les han sido atribuidas por la constitución de cada provincia;

g) los municipios, dentro de la esfera de su competencia, son titulares del poder de policía municipal; en cuanto a su contenido, dicho poder se encuentra limitado a las materias constitucionalmente autorizadas; en el caso de Córdoba, el art. 186, inc. 7 de la Constitución de la Provincia atribuye a los municipios atender las siguientes materias: "*salubridad; salud y centros asistenciales; higiene y moralidad públicas; ancianidad, discapacidad y desamparo; cementerios y servicios fúnebres; planes edilicios, apertura y construcción de calles, plazas y paseos; diseño y estética; vialidad, tránsito y transporte urbano; uso de calles y subsuelo; control de la construcción; protección del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y polución ambiental; faenamiento de animales destinados al consumo; mercados, abastecimiento de productos en las mejores condiciones de calidad y precio; elaboración y venta de alimentos; creación y fomento de instituciones de cultura intelectual y física y establecimiento de enseñanza regidos por ordenanzas concordantes con las leyes en la materia; turismo; servicios de previsión, asistencia social y bancarios*"; no se encuentra entre las potestades conferidas la "policía del trabajo" que ha sido reservada por la misma constitución a la Provincia; cualquier restricción al ejercicio de los derechos operada a través del poder de policía debe superar el test de legalidad; a su vez, el desenvolvimiento del poder de policía tiene otro límite, derivado de los principios de razonabilidad y proporcionalidad;

h) en el caso, la ordenanza 1660, desde su denominación misma (de "descanso dominical del trabajador"), pone de manifiesto la extralimitación insalvable en la que ha incurrido al haber establecido la obligación de respetar el descanso dominical en forma absoluta; de ese modo ha invadido la esfera de competencias reservada al Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional;

i) el sistema de sanciones que instituye la norma invade la esfera de competencias de la provincia; y, finalmente,

j) si bien el municipio puede establecer restricciones al horario comercial, en ejercicio del poder de policía, ello está supeditado a que dichas limitaciones estén vinculadas con lo que son atribuciones municipales y dicho ejercicio debe ser "razonable"; en este caso la razón que fundamenta la restricción resulta inconstitucional porque el municipio no tiene competencia para regular la materia abordada y, al hacerlo, ha invadido la esfera de atribuciones de otros órdenes de gobierno.

4°) Que contra tal pronunciamiento el municipio demandado interpuso el recurso extraordinario de fs. 181/196 -cuya denegación (fs. 222/229) origina la queja en examen- en el que plantea la existencia de cuestión federal, arbitrariedad y gravedad institucional.

Afirma que la construcción del fallo del *a quo* parte de una premisa equivocada "como fue considerar que la normativa cuestionada tiene naturaleza de derecho laboral" cuando su objetivo ha sido proteger a pequeños y medianos comerciantes y a los trabajadores en relación de dependencia dándose fuerza normativa a una costumbre local, "una modalidad social que se había impuesto desde el año 2004". Insiste en que –como lo habría "confesado" el propio actor, según aduce- no tiene naturaleza laboral una norma que regula relaciones en las cuales no interviene ningún empleado y cita, al respecto precedentes jurisprudenciales. Sostiene, asimismo, que no existe contradicción entre la ordenanza 1660 y la ley provincial 8350, ya que esta última es una norma general y anterior a la ordenanza "*dictada por la Municipalidad de Arroyito en el ámbito de su competencia, destinada a regir en el ámbito territorial del ente público aludido, respecto de una particular situación como lo es la de los horarios de apertura de los supermercados de dicha ciudad, para el mantenimiento y preservación de una MODALIDAD SOCIAL de vida allí arraigad(a), vivid(a) y consentid(a) por todos los actores sociales*".

Arguye que "*el municipio puede establecer restricciones al horario comercial en el ejercicio del poder de policía*", con lo cual la desregulación que fija la ley 8350 y la facultad que otorga a los propietarios de determinar libremente los días de apertura y cierre, en ningún caso puede entenderse como absolutas y exceptuadas de toda regulación municipal sobre dicha temática. Reivindica la facultad de la Municipalidad de la Ciudad de Arroyito para el dictado de la norma en cuestión con apoyo en las propias argumentaciones del fallo recurrido (referentes a que los municipios poseen "*potestades normativas originarias en el ámbito de actuación territorial y material propia de cada uno de los municipios; incluso esto supone atribuciones implícitas, es decir, el ejercicio de cualquier función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por la constitución y no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado…*").

Destaca que la ordenanza no afecta los derechos de propiedad, de ejercer el comercio y de trabajar del actor ya que solo veda abrir su comercio los días domingo. Enfatiza que lo que está realmente en juego "*es el derecho de la comunidad local a preservar su modo de vida, su idiosincrasia, una modalidad social particular y local*"; la costumbre de respetar el domingo, mantenida durante trece años, no es una mera enunciación de intenciones u objetivos a trazar: es una modalidad social firmemente arraigada y querida, cara al sentimiento local. Forma parte del patrimonio cultural, del ambiente cultural de la ciudad.

5°) Que, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a audiencia pública de carácter informativo, la que tuvo lugar el 3 de julio de 2019. En tal acto, tras las exposiciones efectuadas por diversos amigos del tribunal, los representantes letrados de cada una de las partes formularon sus informes y fueron interrogados sobre varios aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y los instrumentos incorporados al expediente (fs. 114/136 de la queja).

6°) Que los agravios del apelante suscitan la cuestión federal que habilita la instancia de excepción, pues el examen de la controversia exige la interpretación de normas de esa naturaleza (arts. 5°, 123 y 75 inciso 12 de la Constitución Nacional) y la decisión apelada ha sido contraria al derecho fundado en ellas (art. 14 de la ley 48).

Conviene recordar que a los fines de resolver la controversia esta 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 (Fallos: 331:735 y 341:1106, voto del juez Rosatti, entre muchos otros).

Con relación a los agravios vinculados con la arbitrariedad de la decisión recurrida, ellos se encuentran inescindiblemente unidos a la cuestión federal antedicha, por lo que corresponde que se examinen en forma conjunta con la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio (Fallos: 329:4206; 330:1195 y 341:1106, voto del juez Rosatti y sus citas).

7°) Que la reforma de 1994 remarcó la trascendencia del municipio en el diseño institucional argentino en tanto orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía (Fallos: 342:1061, *in re* "Telefónica", disidencia conjunta de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 8°). En esa inteligencia, el constituyente dispuso reconocer a los municipios de provincia, sujetos necesarios del federalismo argentino conforme al art. 5 de la Constitución Nacional, el *status* de derecho público de la "autonomía" (Fallos: 342:509), diferenciando sus contenidos y sus alcances. Respecto de los contenidos, ellos son taxativos y comprenden los ámbitos institucional, político, administrativo, económico y financiero; respecto de los alcances, que conforman el variable perímetro que corresponde a cada contenido, el constituyente los deriva a la regulación propia del derecho público provincial.

De modo que la determinación de los "contenidos" evita que la autonomía quede "*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 los 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) (Fallos: 341:939, considerando 6° y 343:1389, voto de los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti).

En cuanto a los "alcances" de cada contenido autonómico, ellos deben reflejar la heterogeneidad ínsita en todo régimen federal y por

tanto ser fijados por cada provincia, atendiendo a las diferencias observables en la escala de vida vecinal a lo largo y ancho del territorio nacional, con el debido respeto de lo dispuesto por los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional. En tal sentido, resultaría ilógico e irrazonable que desde la norma constitucional federal se impusiera a las provincias un determinado y uniforme alcance del régimen municipal que iguale a municipios urbanos o rurales, densamente poblados o con pocos vecinos, longevos o nuevos, con perfil sociocultural dominantemente cosmopolita o tradicional, etc. Esto explica que el constituyente reformador haya diferido a cada provincia la específica delimitación de los alcances de cada contenido autonómico, para que en ejercicio del respectivo "margen de apreciación local" sea cada jurisdicción la que defina el *standard* jurídico conforme su específica e intransferible realidad (arg. Fallos: 343:580, voto de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 9°).

8°) Que para precisar las reglas que deben guiar el balance entre el orden nacional, provincial y el local en esta materia, ha dicho este Tribunal que si bien el poder de autodeterminación municipal se inscribe en el de las provincias, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, sin más limitaciones que las enumeradas en el artículo 126 de la Constitución Nacional, ellas deben coordinar el ejercicio de los poderes que conservan de forma tal que se garantice "el mayor grado posible de atribuciones municipales" en los ámbitos analizados con anterioridad (Fallos: 327:4103 "Cadegua" y 342:1061, "Telefónica" disidencia conjunta de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 10).

En ese sentido, este Tribunal ha advertido que la necesaria existencia de un régimen municipal "*determina que las leyes provinciales no sólo 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*" (confr. Fallos: 312:326; 314:495 y 341:939, considerando 5°).

9º) Que la Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987 regula específicamente el régimen municipal en el artículo 180 al reconocer

"la existencia del Municipio **como una comunidad natural fundada en la convivencia** y asegura el régimen municipal basado en su autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional. **Los Municipios son independientes de todo otro poder en el ejercicio de sus atribuciones, conforme a esta Constitución y las leyes que en su consecuencia se dicten**" (énfasis agregado).

Al definir al municipio como "una comunidad natural basada en la convivencia" el constituyente cordobés asume una posición contundente en lo referido al tipo de asociación que institucionaliza las relaciones de vecindad.

En ese sentido se sostuvo en la convención provincial constituyente que del "*reconocimiento del municipio como comunidad natural fundada en la convivencia (...) sigue necesariamente la facultad de usar los medios requeridos para la consecución de sus fines. Es decir, tener gobierno con suficiencia de medios dentro de su esfera de acción, lo que supone, por un lado, la libertad de elección de sus autoridades y administrarse con independencia del poder central y no ser meros ejecutores, y por otro, afirmar su naturaleza política económica, administrativa financiera e institucional, lo que ha sido reclamado por la concepción del municipio que sea reconocido y para el bien común de la sociedad*" (intervención del constituyente Soria, sesión n° 10, sobre "Título Segundo: municipalidades y comunas", 2 a 3 de abril de 1987; Diario de sesiones de la Convención provincial constituyente de la Provincia de Córdoba, p. 944).

Se apuntó entonces a establecer "*como competencia material de las municipalidades, una amplia gama de atribuciones que comprenden las actividades necesarias para atender todo lo atinente al bienestar de las comunidades locales. Entre estos contenidos merece destacarse el que se refiere al poder de policía, que comprende no sólo las clásicas materias de la moralidad, seguridad y salubridad, sino que también comprende la policía de la prosperidad, es decir que abarca lo atinente a la regulación económica, dentro de lo que implica la función municipal*" (intervención del constituyente Scoles, miembro informante del despacho de la comisión sobre "Título Segundo: Municipalidades y comunas" en la sesión citada, p. 920).

Es así que desde la reforma de 1987 la Constitución de la Provincia de Córdoba reconoce a los municipios facultades propias de legislar

en las materias que define y que le son exclusivas "*en la búsqueda de un municipio ampliamente participativo y eficaz*" (intervención del constituyente Hernández en la sesión citada, p. 962).

En particular, el inciso 7° del artículo 186 establece entre las funciones, atribuciones y finalidades inherentes a la competencia municipal la de atender -entre otras materias- a "*mercados, abastecimiento de productos en las mejores condiciones de calidad y precio; elaboración y venta de alimentos*". Estas funciones municipales ya se encontraban previstas en la Constitución de 1923 –vigente hasta la reforma señalada- que preveía entre las atribuciones y deberes del gobierno municipal la de "*asegurar el expendio de los artículos alimenticios, en las mejores condiciones de precio y calidad, organizando si fuere menester, la elaboración y venta municipal de los mismos*" (art. 157, inciso 6°). A la luz de este antecedente se sostuvo en la convención que "*estas funciones de las municipalidades no son nuevas, sino que se encuentran previstas ya en la Constitución vigente, por lo que no se podrá adjudicar a las reformas introducidas ser la causa de la superposición de funciones y servicios entre las municipalidades y la Provincia*" (intervención del constituyente Scoles en la sesión citada, p. 921).

Finalmente, para calibrar el alcance de esta autonomía cabe agregar que los constituyentes provinciales atribuyeron además la posibilidad a los municipios del ejercicio de cualquier función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por la Constitución y no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado (art. 186, inc. 14).

De tal manera, una exegesis literal y teleológica de la norma provincial citada permite concluir que ella se corresponde, de manera palmaria, con los principios exigidos por el constituyente nacional en lo que se refiere a la autonomía municipal, y que han sido recreados en los considerandos 7° y 8°.

10) Que conforme explica Max Weber, las relaciones sociales pueden fundarse "*en el sentimiento subjetivo (afectivo o tradicional) de los partícipes de constituir un todo*" o "*en una compensación de intereses por motivos racionales o también en una unión de intereses con igual motivación*". En el primer caso, el autor en cita denomina a la relación social "comunidad", en el segundo, la rotula como "sociedad" (Weber,

Max, "Economía y sociedad", ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1980, trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora, pág. 33 y ss).

En la "comunidad" (como es el caso de una familia) los miembros se vinculan por una relación personalísima y por ende no son intercambiables, en tanto que en una "sociedad" (piénsese en una sociedad anónima) sus miembros pueden vincularse sin siquiera conocerse y por tanto son –desde la perspectiva asociativa- fungibles e intercambiables.

En las ciudades demográficamente grandes, la creciente despersonalización de las relaciones humanas las aleja del tipo asociativo "comunitario" y las acerca al tipo asociativo "societario". Pero en los municipios demográficamente pequeños, con más razón si tienen una tradición históricamente consolidada -como es el caso de Arroyito en la Provincia de Córdoba-, las relaciones de vecindad son intensas, constituyendo ejemplos de una convivencia social en la que prevalece el tipo asociativo "comunitario".

El reconocimiento de tales aspectos no supone negar las diferencias observables en su población (basadas en la edad, la capacidad económica, el nivel educativo, las preferencias culturales, etc.), y menos aun intentar sofocarlas, sino que equivale a reconocer que estas diferencias no impiden proyectar un destino común en un horizonte espacial y temporal compartido, basado en un amplio consenso democrático expresado en los procedimientos representativos típicamente políticos (Concejo Deliberante) cuanto sectoriales y sociales (asambleas) con inclusión de los mandatarios electos por el pueblo.

11) Que el tipo asociativo "comunitario", predominante en la trama de relaciones sociales del municipio demandado, ha permitido desarrollar un sistema participativo con miras a la consecución de fines con arreglo a valores (valores que no están exentos de una construcción cooperativa permanente), con aptitud para comprender y procesar la complejidad de los problemas sociales y lograr las soluciones adecuadas, construyendo una relación directa entre la participación política y el mejoramiento de la calidad de vida (arg. Fallos: 342:1061, disidencia conjunta de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 8°).

Las peculiares características del municipio de Arroyito y la gimnasia participativa de sus vecinos permitieron elaborar los antecedentes que culminaron en la sanción de la Ordenanza en estudio, que dan cabal testimonio de la existencia de acuerdos sociales horizontales de idéntico contenido al de la norma adoptada, promovidos y facilitados por las autoridades locales. De las Actas Acuerdo que la precedieron, suscriptas la primera por la totalidad de los propietarios de supermercados de la ciudad junto con el Municipio, el Centro de Comercio local, el Sindicato de Empleados de Comercio y el Agregado Parroquial, y la segunda por los mismos con excepción de dos comercios (entre ellos el del actor) -quienes sí participaron de la deliberación previa-, se puede concluir que en el debate y la deliberación pública desarrollados en la escala local se consolidó la idea fundamental de participación y decisión democrática, afianzándose de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa (cfr. arg. "*Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro*", Fallos 342:917, voto de los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti, considerando 4°).

El hecho de que se hayan producido no una sino dos asambleas públicas, separadas por diez años en el tiempo pero concordantes en el resultado, supone la permanencia de los valores socialmente compartidos por la comunidad vecinal en la materia debatida.

Despejada la legitimidad democrática de la decisión –conformada en la Ordenanza 1660 del Concejo Deliberante de Arroyito e integrada por sus antecedentes- es necesario considerar su validez, la que se encuentra supeditada a la inexistencia de un interés superior o a la prevalencia de una disposición normativa constitucional (provincial o nacional), que obligue a invalidar el producto jurídico del consenso vecinal obtenido en la materia.

12) Que, desde la perspectiva provincial, el art. 186 de la Constitución de la Provincia de Córdoba regula las "*funciones, atribuciones y finalidades inherentes a la competencia municipal*" de manera amplia, al referir expresamente a "*gobernar y administrar los intereses públicos locales dirigidos al bien común*" (inciso 1°) y reconocer la potestad de atender un amplio espectro de materias, entre las que se menciona expresamente la regulación del mercado (inciso 7° del artículo en cita).

Más allá de la interpretación que quepa asignar a dicho precepto constitucional, sostener que la regulación adoptada por la Ordenanza

en estudio, en cuanto tiene como objeto proteger un estilo de vida comunitario asumido por los vecinos y decidido por un amplio consenso, resulta ajena a las facultades del municipio por afectar el comercio, es irrazonable. Por el contrario, tal argumento supondría desconocer los aspectos inherentes a la vida cotidiana de una comunidad pequeña, e intentar imponerle una lógica que le es ajena, si bien tal vez propia de las grandes ciudades. En efecto, el desarrollo de los acuerdos sociales y los debates celebrados desde hace varios años, y de los que dan cuenta las Actas-Acuerdo ya mencionadas, permiten concluir de modo indubitable que los vecinos de Arroyito han ponderado que cinco días y medio por semana son suficientes para abastecerse en los supermercados grandes y que si tienen alguna necesidad el día y medio restante se abastecen en otro tipo de mercados.

En definitiva, en la escala de una ciudad como la que es objeto de este análisis, asumir que la libertad de comercio -afectada globalmente por factores tales como la presión impositiva, los costos de la energía, la deficiencia de infraestructura, la política desigual de los Estados en materia proteccionista, la intermediación evitable, la publicidad engañosa y otros factores relevantes- sufre una intolerable restricción porque se prohíbe a los supermercados de ciertas características atender los sábados a la tarde y los domingos, frustrando las condiciones de la competencia y -con ello- impidiendo la baja de los precios de las mercaderías, equivale a subestimar la inteligencia media de los vecinos en tanto consumidores.

13) Que la libertad de comercio es reconocida en el art. 14 de la Constitución Nacional, “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, de lo que se desprende de manera palmaria su carácter no absoluto. Ha señalado reiteradamente este Tribunal que los derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional, no son absolutos sino que deben ser desplegados con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 328:690; 330:4988, entre muchos otros).

De las disposiciones adoptadas en el ámbito municipal, en particular de los acuerdos celebrados en el plano horizontal, surge de manera

evidente y con claridad que los vecinos de Arroyito han consensuado diversas soluciones para supuestos distintos, ya que en su entendimiento ciertas actividades pueden discontinuarse en los días domingos, mientras que otras no. Así, han considerado aceptable que una fábrica continúe funcionando, mientras han confluido en considerar que los supermercados grandes no lo hagan, o incluso que haya horarios discontinuados que modifiquen el ritmo de trabajo-descanso de ciertos empleados.

Dicho tratamiento diferenciado no conlleva *per se* la contradicción de normas de jerarquía superior como la **Constitución Nacional** (art. 14 bis sobre "jornada limitada de trabajo"), **tratados internacionales con jerarquía constitucional** (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7°, inciso d), **leyes nacionales** (Ley de Contrato de Trabajo y normas complementarias) y **convenios internacionales con jerarquía supra legal** (Convenio I de la Organización Internacional del Trabajo).

En efecto, si bien la Constitución Nacional, en su art. 14 bis, consagra los derechos de los trabajadores, y, en lo que específicamente refiere a los temas debatidos en la presente causa dispone la "*jornada limitada*" de trabajo y "*descanso y vacaciones pagados*", no especifica los aspectos concretos de estas garantías, ya que no estipula un tope horario respecto a la limitación temporal de la jornada laboral, ni refiere expresamente al trabajo dominical, dejando el criterio a la reglamentación legal.

14) Que la Constitución Nacional prevé en su art. 75 inciso 12 la facultad expresamente delegada por las provincias al gobierno federal de dictar el Código de Trabajo. No habiendo hasta el presente una sistematización codificada en la materia, la relación entre empleado y empleador está regulada por un plexo de normas mínimas y básicas sobre las que se asienta la relación jurídica entre ambos. Conviene, por tanto, efectuar un breve repaso del derrotero seguido por nuestra legislación laboral en la materia propia del presente caso.

En 1905 el Congreso Nacional dictó la ley 4661 sobre descanso dominical de los trabajadores, que fue complementada en 1932 por la ley 11.640 estableciendo la pausa sabática. Estas normas tenían un alcance local; ceñían su ámbito de aplicación a la Capital Federal y a los territorios nacionales. Al tiempo de su sanción, se impuso entre los legis-

ladores la tesis de que el parlamento nacional no tenía facultades para dictar normas de ese tipo con vigencia en todo el país por tratarse de una cuestión de policía local que involucraba poderes no delegados por las provincias a la Nación; y con ese argumento las provincias dictaron distintas leyes sobre el mismo tema. Tanto las leyes nacionales como las provinciales previeron que la regla de la pausa sabática y del descanso dominical tuviera excepciones para ciertas tareas o actividades.

En 1969 la ley 18.204 estableció de modo uniforme para todo el territorio nacional la prohibición del trabajo por cuenta ajena desde las 13 horas del día sábado hasta las 24 horas del día domingo siguiente (art. 1°), pero dejó abierta la posibilidad de que el Poder Ejecutivo autorizara excepciones a esa regla mediante reglamentaciones de carácter nacional o regional, por actividad o tipo de explotación (art. 3°). El art. 8° de esta ley declaró derogadas a las leyes nacionales 4661 y 11.640 y tuvo por sustituidas a las leyes provinciales sobre descanso de los trabajadores durante el sábado por la tarde y el domingo; pero el art. 9° estableció que, hasta tanto el Poder Ejecutivo dictara las reglamentaciones previstas en el art. 3°, seguirían rigiendo los regímenes de excepción a la prohibición de trabajar los sábados por la tarde y los domingos que estaban vigentes en el orden nacional y en el orden provincial, dictados al amparo de la policía del trabajo.

Esa situación no fue alterada por la ley 20.744 (Ley de Contrato de Trabajo) dictada por el Congreso Nacional en 1974, ni por sus modificatorias. En ejercicio de la atribución de dictar normas comunes en materia laboral (ex art. 67, inciso 11, actual art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional), el Congreso reguló mediante esta ley el descanso semanal de los trabajadores estableciendo reglas generales de alcance nacional; mas ello no afectó la vigencia de las disposiciones locales que contemplan excepciones a la regla general de descanso sabático y dominical.

En efecto, la Ley de Contrato de Trabajo diseña en su art. 204 un régimen diferenciado donde la regla general es el descanso sabático y dominical al establecer que "*[q]ueda prohibida la ocupación del trabajador desde las trece (13) horas del día sábado hasta las veinticuatro (24) horas del día siguiente…*", salvo en los casos de excepción contemplados en la misma ley para supuestos específicos (vgr. art. 203 -obligación de prestar servicios en horas suplementarias- y art. 202 –trabajo por equipos-), y "*los que las leyes o reglamentaciones*

prevean, en cuyo caso el trabajador gozará de un descanso compensatorio de la misma duración, en la forma y oportunidad que fijen esas disposiciones atendiendo a la estacionalidad de la producción u otras características especiales". Es decir que, en materia de excepciones, el art. 204 de la LCT remite a leyes y reglamentaciones vigentes, sin precisar su origen ni distinguir entre las normas locales que eran admitidas al momento de la sanción de la ley 20.744 o las establecidas con posterioridad.

Consagrando una excepción de este tipo, el art. 18 del decreto nacional 2284/1991 de desregulación económica, propia de la policía del trabajo, ratificado por la ley de presupuesto 24.307 (art. 29), suprimió "*toda restricción de horarios y días de trabajo en la prestación de servicios de venta, empaque, expedición, administración y otras actividades comerciales afines, **sin perjuicio de los derechos individuales del trabajador***" (énfasis agregado), o sea, sin perjuicio del derecho a gozar de un descanso compensatorio para los trabajadores que tuvieran que realizar tareas los sábados a la tarde y los domingos.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 119 del decreto 2284/91, la excepción fue establecida para regir en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, aunque se invitó a las provincias a adherirse al régimen de desregulación.

La Provincia de Córdoba mediante la ley 8350, dictada en 1993, que autorizó a los propietarios o encargados de todo tipo de establecimientos comerciales o de servicios con empleados en relación de dependencia para determinar libremente los días y horarios de apertura y cierre, permitiéndoles desarrollar sus actividades también durante los días domingo y los feriados (art. 1°). La ley provincial dejó expresamente en claro que el trabajo del personal en relación de dependencia de la actividad comercial o de servicio debía ajustarse en todos los casos a las disposiciones de la legislación laboral en materia de descanso compensatorio (cfr. art. 2°).

15) Que, al resolver como lo hizo, la Corte provincial ha perdido de vista que, más allá de la normativa laboral precedentemente reseñada, que consagra como regla general la prohibición de que los trabajadores presten servicios los días domingo pero permite establecer excepciones a esa regla, la imposición de un descanso dominical también puede provenir de las disposiciones locales dictadas

en ejercicio del poder de policía que regulan los días y horarios de apertura y cierre de los comercios.

Este tipo de disposiciones no suponen en modo alguno una regulación del contrato de trabajo, materia que compete a la legislación nacional. La Ordenanza 1660, al regular la apertura y cierre de negocios dentro del ámbito de la Municipalidad de Arroyito ha sido dictada por el municipio en ejercicio del poder de policía que le reconoce la Constitución de la Provincia de Córdoba, el cual, según lo admite el propio fallo aquí recurrido, abarca la facultad de establecer restricciones al horario comercial.

Las normas adoptadas por el legislador nacional en torno al descanso dominical no se encuentran desvirtuadas por la ordenanza municipal citada, sino que ambas coinciden en la protección del bien jurídico definido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Tanto las previsiones nacionales como municipales en estudio confluyen teleológicamente en la misma finalidad relativa a permitir que los vecinos canalicen y desarrollen durante el fin de semana aspectos propios de la vida en familia y en comunidad, por lo que -en definitiva- no existe colisión normativa alguna ni se verifica agravio ni lesión al art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

16) Que, una vez arribada a la conclusión de que la reglamentación adoptada por el Concejo Deliberante de Arroyito no afecta normas ni principios constitucionales nacionales o provinciales, resta analizar la razonabilidad de la medida adoptada, a la luz de los derechos invocados por la actora. En ese marco, cabe considerar inicialmente si la medida resulta razonable en cuanto formula una distinción entre "mini mercados", "establecimientos de menor envergadura" y "supermercados", en base a la superficie de cada uno de ellos, así como en el hecho de que sean atendidos por sus propietarios.

En esta orientación, cabe recordar que esta Corte ha sostenido que el principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en **idénticas circunstancias**, mas no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clase de personas, ni encierra

un indebido favor o privilegio, personal o de grupo (Fallos: 182:355; 258:36 y 340:1581 entre muchos otros).

En definitiva, se exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que para introducir diferencias entre ellos deba existir una suficiente justificación que aparezca objetiva, fundada y razonable. En ese contexto, el control de razonabilidad en materia de igualdad exige determinar si a todas las personas o situaciones incluidas en una 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 recibir igual atención jurídica (Fallos: 338:1455). Finalmente, se exige que sus consecuencias no resulten desproporcionadas respecto de la finalidad perseguida, de manera de evitar resultados excesivamente gravosos (Fallos: 340:1154, disidencias de los jueces Maqueda y Rosatti).

En el caso, la Ordenanza en estudio regula particularmente un universo específico de comercios, el "*establecimiento comercial que tiene por finalidad vender bienes de consumo de uso habitual en un hogar*", y formula distinciones dentro de dicha categoría en base a dos parámetros: en primer lugar, a partir de valores objetivos de extensión espacial de la superficie del establecimiento y, en segundo término, a partir de quienes realizan la atención al público, en concreto, si son atendidos por sus dueños.

Así, la Ordenanza bajo examen distingue entre tres categorías de establecimientos comerciales: *(i)* "supermercados" (aquellos cuyo lugar de venta y atención al público tiene una superficie igual o superior a los 100 mts2), *(ii)* "minimercados" (aquellos cuyo lugar de venta y atención al público tiene una superficie entre los 30 y 100 mts2), y *(iii)* "establecimiento de menor envergadura" (aquellos cuya superficie se extiende hasta 30 mts2). A su vez, el legislador local optó por introducir otro elemento de distinción dentro de aquellos establecimientos comprendidos en las categorías *(ii)* y *(iii)*, relativo a la atención personalizada por sus propietarios. En ese marco, mediante la articulación conjunta de ambos elementos distintivos, se concluye que solo pueden permanecer abiertos los domingos los "minimercados" y "establecimientos de menor envergadura", "*siempre que fueren atendidos únicamente por sus propietarios*".

El fundamento de las dos pautas de distinción formuladas, conforme expresa la Ordenanza, es la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancias de los supermercados. De modo que la norma establece una distinción normativa basada en causas objetivas (superficie y modalidad de atención) para brindar tratamiento diverso a supuestos de hecho que se consideran diferentes. En su génesis se hallará el propósito de tutela y fomento de los establecimientos de menor porte, habiendo optado el Concejo Deliberante por la determinación de un valor objetivo y general de 100 mts2.

A su vez, los parámetros de distinción se aplican independientemente del origen nacional de los titulares de las respectivas explotaciones comerciales, de forma que la condición de extranjero del actor no es considerada en la reglamentación dictada, sin que tampoco se verifique una práctica discriminatoria orientada en tal sentido.

La ponderación de tales distinciones elaboradas por el legislador, de acuerdo a los principios constitucionales en materia de igualdad a que se ha hecho referencia, permite concluir que no surge de las mismas un espíritu persecutorio o una discriminación arbitraria, aun cuando el camino elegido por el órgano legislativo municipal pudiera ser opinable.

Por último, la referencia a la exigencia de atención por sus dueños resulta razonable bajo la óptica de los principios de protección de la vida familiar, tradición cultural y consenso comunitario, sostenidos por el municipio en el dictado de la norma en estudio y analizados con anterioridad en el presente pronunciamiento.

17) Que corresponde ahora analizar si la reglamentación adoptada por la municipalidad constituye una regulación razonable del derecho a la libertad de comercio.

En el presente caso, no se verifican elementos que permitan concluir que la ordenanza en estudio incurra en una reglamentación irrazonable o desproporcionada. Ello por cuanto se encuentra orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos y de competencia material del municipio (tales como el fortalecimiento del vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancias de los supermercados, y

los intereses de los consumidores) y la medida adoptada guarda proporcionalidad con tales fines, sin que se encuentre afectado el contenido esencial de la libertad de comercio, al habilitarse su ejercicio pleno en los restantes horarios disponibles.

Más allá de la denominación formal de la Ordenanza ("*Descanso dominical del trabajador*"), cabe recordar que es criterio de este Tribunal que los textos legales no deben ser considerados aisladamente sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquellos (Fallos: 241:227; 244:129; 262:283 -voto del juez Zavala Rodríguez-; 315:2157; 330:3426; 331:2550; 338:962; 338:1156, entre muchos otros). En ese sentido, al interpretarse una disposición "*debe indagarse el verdadero alcance de la norma mediante un examen de sus términos que consulte su racionalidad, no de una manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos de manera que guarden debida coherencia y atendiendo a la finalidad que se tuvo en miras con su sanción*" (Fallos: 339:323).

En este marco, resulta relevante atender a los fundamentos expuestos por el Concejo Deliberante para justificar la sanción de la ordenanza bajo análisis. Ello pues, más allá del título dado a la norma aprobada, la motivación explicitada refiere a diversos aspectos que exceden ostensiblemente cierta interpretación de la libertad de comercio o los derechos de los trabajadores y atañen, directamente, al desarrollo de la vida cotidiana de la comunidad. En efecto, formó parte de la motivación de la disposición municipal el consenso arribado por los miembros de la comunidad alcanzados por la ordenanza, en el espacio de diálogo que las autoridades municipales promovieron, la necesidad y el interés público en mantener y fortalecer el vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes compatible con el resguardo de los márgenes de ganancias de los supermercados y los intereses de los consumidores, entre otros fines no menos relevantes.

No debe olvidarse que la protección integral de la familia ha sido consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y se proyecta, en singular correspondencia, en el ámbito municipal al establecer el art. 34 de la Carta Orgánica local a la familia como la célula social básica. Luego, la estipulación de normas tendientes a su protección, alentada por los propios vecinos, no solo no podría ser objetable sino

que se presenta en línea con una manda constitucional expresada en los tres niveles de gobierno.

18) Que, en mérito a lo expuesto, en la medida en que parece haberse sustentado en una exégesis descontextualizada de la ordenanza local, solo basada en el título de la norma ("*Descanso dominical del trabajador*"), que expresó uno de los varios objetivos que motivaron su dictado sin hacer mérito de los restantes, el pronunciamiento en crisis debe considerarse arbitrario. Pues, como se ha dicho, la disposición municipal bajo examen resulta -en una recta interpretación del plexo jurídico en su conjunto- una reglamentación razonable, orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos para el gobierno local. De modo que la conclusión sostenida por el Superior Tribunal de Provincia, en cuanto a que la ordenanza 1660 ha invadido la esfera de competencia reservada al Congreso de la Nación, y lesionado el art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, aparece como irrazonable y debe ser descalificada.

En atención a los fundamentos desarrollados en los considerandos precedentes corresponde también descalificar el argumento del decisorio en revisión relativo a que, en la medida en que la ordenanza regula un sistema de sanciones por inobservancia del descanso dominical, invade la esfera de competencia de la provincia en materia de policía del trabajo.

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (art. 16, segunda parte, ley 48). Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito efectuado. Notifíquese, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia)– Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia)– Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti (según su voto)– Horacio Rosatti.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Que el infrascripto remite a los considerandos 1° a 6° del voto de los jueces Maqueda y Rosatti.

7°) Que las partes plantean el conflicto que debe resolver esta Corte Suprema como una antinomia de reglas dictadas por la Nación, la provincia y el municipio.

Ambas posiciones se refieren a la contradicción entre la ordenanza 1660 dictada por la Municipalidad de Arroyito bajo el amparo del art 123 de la Constitución Nacional por un lado y por el otro la potestad de la Nación de regular lo atinente al descanso dominical (art. 75, inciso 12, Constitución Nacional).

La calificación jurídica del supuesto de hecho planteado implica decidir sobre el alcance de las competencias de la Nación, provincias y municipios.

El federalismo que adopta la Constitución (art. 1°) se ha visto disminuido por la legislación infraconstitucional en numerosos aspectos. Por esta razón, resulta relevante que esta Corte cumpla con su función de interpretar de modo coherente la legislación para hacerla compatible con el modelo federal que la Constitución Nacional consagra. En esta tarea, es necesario integrar la cláusula general de la Constitución con criterios legales generales que ordenen las conductas hacia la concreción de su específica aplicación.

En este sentido, los precedentes de esta Corte establecen un marco general del diseño institucional del país, que es el principio de la descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa (Fallos: 342:1061, "Telefónica Móviles Argentina S.A Telefónica Argentina S.A", voto del juez Lorenzetti), compatible con los presupuestos mínimos para el funcionamiento del sistema federal.

Además de la competencia corresponde calificar el tipo de conflicto normativo.

En el caso no se trata de una antinomia de reglas, sino de una colisión de principios. La diferencia es relevante a la hora de argumentar

y resolver un conflicto, porque el primer supuesto conduce a aplicar una de ellas y excluir a la otra ya que sus efectos son incompatibles, mientras que la aplicación de un principio no desplaza al otro, sino que lo precede conforme al juicio de ponderación en el caso concreto encontrando un punto de equilibrio (arg. de Fallos: 337:205, voto del juez Lorenzetti, considerando 13). Los principios son normas que establecen juicios de deber ser que receptan valores aspiracionales, de modo que su configuración normativa es, *prima facie*, inacabada y susceptible, por lo tanto, de ser completada.

Un principio jurídico es un mandato destinado a lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros principios competitivos que resulten aplicables en el mismo campo de argumentación.

Es lo que ocurre en el caso, en el que se debe ponderar la libertad de comercio, la protección del trabajo, el federalismo, y la descentralización institucional de las decisiones, en distintas fuentes de derecho. En estos supuestos, la tarea judicial consiste en establecer un diálogo entre ellas (arts. 1° y 2° del Código Civil y Comercial de la Nación), de modo que la interpretación sea coherente y armónica (Fallos: 186:170; 296:432), considerando las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos (Fallos: 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni).

La existencia de diferentes leyes nacionales, provinciales y municipales obliga a una reconstrucción de la coherencia del sistema jurídico, a posteriori de la promulgación de cada una de ellas, lo que confiere a la sentencia el carácter de una norma jurídica de concretización de una argumentación razonable (art. 3 Código Civil y Comercial de la Nación).

El federalismo que la Constitución consagra y esta Corte aplicó en numerosos precedentes significa que la concentración de decisiones se desplaza hacia la descentralización institucional. Pero ello importa también que, todos los niveles -Nación, Provincias o Municipios- se ajusten a los criterios constitucionales establecidos por esta Corte Suprema (CSJ 567/2021, "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 4 de mayo de 2021, voto del juez Lorenzetti, considerando 7°).

Esta observación es relevante porque existen numerosas decisiones adoptadas por instituciones, alejadas del Estado Federal, pero cercanas a la vida cotidiana de las personas humanas, que tienen el poder de otorgarle o negarle los derechos y los bienes escasos que buscan, y que por eso debe aplicarse un escrutinio riguroso (ELSTER, Jon, "Justicia Local- De qué modo las instituciones distribuyen bienes escasos y cargas necesarias", Barcelona, España, 1994).

En consecuencia corresponderá examinar primero las competencias entre la Nación, las provincias y el municipio en relación a la cuestión debatida en el caso, y luego ponderar la colisión de principios invocados.

8°) Que, con relación a las competencias concurrentes o exclusivas, corresponde precisar lo que sucede en este caso.

Al respecto, debe tenerse particularmente en cuenta que en el art. 186 de la Constitución de la Provincia de Córdoba se regulan las funciones, atribuciones y finalidades de la competencia municipal, entre las que se destacan la de "gobernar y administrar los intereses públicos locales dirigidos al bien común" y la de atender a "mercados, abastecimiento de productos en las mejores condiciones de calidad; precio, elaboración y venta de alimentos" (incs. 1° y 7°). Por lo demás, se le otorga a los municipios el ejercicio de cualquier función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por la Constitución y no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado (inc. 14).

Es menester destacar que, en el *sub examine*, la Ordenanza 1660 -en cuanto regula el horario de apertura y cierre de comercios en el ámbito territorial del municipio- no puede asimilarse en modo alguno a una regulación propia del derecho laboral, materia que es de competencia exclusiva del Congreso de la Nación.

Más allá de la denominación formal de la Ordenanza ("Descanso dominical del trabajador"), cabe recordar que es criterio d*e este Tribunal que los textos legales no deben ser considerados aisladamente sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquellos (Fallos: 241:227; 244:129; 262:283, voto del juez Zavala Rodríguez; 315:2157; 330:3426; 331:2550; 338:962, 1156, entre muchos otros). En ese sentido, al interpretarse una disposición*

"debe indagarse el verdadero alcance de la norma mediante un examen de sus términos que consulte su racionalidad, no de una manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos de manera que guarden debida coherencia […]y atendiendo a la finalidad que se tuvo en miras con su sanción" (Fallos: 339:323).

En este marco, resulta relevante atender a los fundamentos expuestos por el Concejo Deliberante para justificar la sanción de la ordenanza bajo análisis. Ello pues, más allá del título dado a la norma aprobada, la motivación explicitada refiere a diversos aspectos que, además de la libertad de comercio y los derechos de los trabajadores atañen, directamente, al desarrollo de la vida cotidiana de la comunidad. En efecto, formó parte de la motivación de la disposición municipal el consenso arribado por los miembros de la comunidad alcanzados por la ordenanza, en el espacio de diálogo que las autoridades municipales promovieron, la necesidad y el interés público en mantener y fortalecer el vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes compatible con el resguardo de los márgenes de ganancias de los supermercados y los intereses de los consumidores, entre otros fines no menos relevantes.

En consecuencia, la norma se inserta en el ejercicio del poder de policía y no en cuestiones de derecho laboral por lo que no parece posible sostener que la Ordenanza 1660 es ajena a las facultades del municipio.

9°) Que, tal como se ha señalado en el considerando 7, los precedentes de esta Corte permiten identificar un principio de interpretación sobre el diseño institucional del país, basado en la descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa (Fallos 342:1061, "Telefónica Móviles Argentina S.A Telefónica Argentina S.A", voto del juez Lorenzetti).

En este sentido, es principio consolidado en la jurisprudencia del Tribunal que, según el art. 121 de la Constitución Nacional, las provincias conservan su soberanía en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente "darse leyes y ordenanzas de impuestos locales de policía […] y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art.

108 (actual art. 126) de la Constitución Nacional" (Fallos: 7:373; 9:277; 150:419 y 320:619, considerando 7°, entre otros) y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 288:240). Esta orientación fue promovida por el art. 3° de la ley 24.309, que convocó a la reforma constitucional de 1994 con el fin de fortalecer el federalismo y se plasmó en los arts. 5° y 123 de la Constitución Nacional.

10)Que, además de lo expuesto en el considerando anterior, existen numerosos casos en los que esta Corte ha fijado reglas claras para fortalecer el federalismo, las competencias de las provincias y de los municipios.

En este sentido, se estableció (Fallos: 338:1110, "Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F.") que "…la regulación de la publicidad y promoción de productos cuyo consumo importe un riesgo para la salud de la población no encuadra en ninguna de las facultades que el ordenamiento jurídico vigente reconoce como exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación. Tampoco se trata de una materia expresamente vedada a las provincias. Por ende, es imprescindible concluir que se trata de una competencia de incumbencia compartida y concurrente". Asimismo, que "…El bienestar de los ciudadanos, el federalismo, la descentralización institucional, y la aplicación efectiva de los derechos del consumidor constituyen una estructura de principios suficiente para sustentar la competencia concurrente…" (voto del juez Lorenzetti, considerando 11).

Se agregó que "…dado que ambas jurisdicciones han regulado sobre la misma materia, solo resta analizar si existe una incompatibilidad absoluta e inconciliable entre la norma local y la nacional, lo que llevaría a declarar la invalidez de la primera…".

Al ponderar la entidad de los objetivos que persigue la ley y la naturaleza de los derechos en juego frente al grado de restricción de las libertades económicas de la actora, se concluyó que la ley provincial era razonable a la luz de los estándares fijados en la jurisprudencia del Tribunal.

En otro precedente (Fallos: 340:1695, "La Pampa, Provincia de"), se señaló que en materia de distribución de competencias entre el Estado Nacional y las provincias, las previsiones constitucionales -aun las más exactas- suelen verse, más tarde o más temprano, desafiadas

por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas pero insuficientemente reguladas, y/o por la generación de cuestiones imprevistas en el origen del texto. Se añadió que, en el caso, era preciso conjugar la *territorialidad ambiental*, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la *territorialidad federal*, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino). La relevancia constitucional que la *protección ambiental* y el *federalismo* tienen en nuestro país exige emprender una tarea de "compatibilización", que no es una tarea "natural" (porque ello significaría "obligar" a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente "cultural".

En Fallos: 340:1795 ("Castillo", considerndo 15) se afirmó que, en nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea la "base de la educación" –para retomar la expresión del art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional– las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la "educación primaria" de acuerdo al art. 5°.

En materia de competencias jurisdiccionales, esta Corte ha señalado (Fallos: 342:509; "Bazan"), que "…el sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse que los estados *abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes*. También se sostuvo que "…si se parte de la presunción de que ambos Estados, el nacional y el local, persiguen de buena fe el objetivo de concretar la autonomía de la ciudad de Buenos Aires, resulta claro que los gobiernos pueden acordar la transferencia de la justicia nacional ordinaria de acuerdo a las modalidades que prefieran y convengan, siempre que el modo elegido cumpla de manera apropiada con el *mandato de hacer* establecido en la Constitución Nacional…".

Asimismo, en Fallos: 342:2136 se sostuvo que "Siendo el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una

interacción articulada". En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal al sostener que el sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes…".

En otra oportunidad (Fallos: 342:1061, "Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A."), se recordó que el correcto ejercicio de las competencias de las distintas jurisdicciones debe basarse en la coordinación, con un fin de ayuda y no de destrucción y que, ante la alegación de un conflicto entre ellas, deberá evaluarse si se enervan mutuamente o si interfieren de forma tal que se obstaculicen. Se ha dicho en tal sentido que la regulación local debe encontrar como límite la imposibilidad de desvirtuar el objetivo que tiene la legislación federal o la obstaculización del comercio, el servicio o la comunicación interjurisdiccional. De ello se deduce que, en el marco del federalismo y el reconocimiento de la competencia local, las atribuciones nacionales y locales no se excluyen, sino que son concurrentes, en tanto estas no desvirtúen los objetivos federales o impidan el comercio interjurisdiccional (voto del juez Lorenzetti, considerando 10).

Finalmente, se dijo que los precedentes de esta Corte también establecieron que las autonomías provinciales no significan independencia, sino que son competencias que se ejercen dentro de un sistema federal, que admite poderes concurrentes del Estado Nacional, necesarios para la organización de un país. Y de allí la utilidad del diálogo constructivo – entre Nación y provincias- al que alude el concepto de federalismo concertado acuñado a propósito de la defensa de derechos de incidencia colectiva [Fallos: 342:917, "Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro"] (CSJ 567/2021, "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Estado Nacional – (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", del 4 de mayo de 2021), voto del juez Lorenzetti, considerando 10).

11) Que la descentralización institucional es un poderoso instrumento para el desarrollo de las regiones, ciudades y diferentes tipos de actividades.

El significado concreto del federalismo, en este aspecto, es fortalecer ámbitos locales de decisión autónomos compatibles con una base de presupuestos mínimos nacionales.

La riqueza cultural, económica de cada región, provincia, o ciudad se potencia en la medida en que pueden funcionar de acuerdo con proyectos que reflejen sus identidades. De este modo se generan múltiples decisiones diferentes, flexibles, que dialogan entre sí y ascienden progresivamente hasta formar un modelo más general.

En este sentido, hay ciudades que prefieren impulsar desarrollos de experimentación tecnológica que trabajan con el mundo entero, y que precisan horarios de funcionamiento extendidos. Hay otras, que son pensadas como lugares de paz, descanso y atractivo turístico que precisan abrir sus actividades los fines de semana. En grandes urbes, hay centros comerciales que trabajan de modo muy distinto de los negocios familiares en los barrios.

En ese contexto, la cercanía del municipio con su gente hace que dicha jurisdicción cuente con los elementos necesarios para valorar la idiosincrasia social imperante. Prueba de ello son los acuerdos mencionados anteriormente, que sirvieron de base para el dictado de la Ordenanza 1660.

En esa línea, por lo tanto, no puede perderse de vista que la autonomía municipal debe ser interpretada como parte de un sistema institucional orientado hacia la descentralización y fundado en un federalismo cooperativo.

Esta orientación, como ya se indicó, fue auspiciada por el art. 3º, de la ley 24.309, que convocó a la reforma constitucional de 1994 para fortalecer el federalismo y quedó plasmada en los arts. 5° y 123 de la Constitución Nacional. La norma constitucional debe ser interpretada como un compromiso que asumieron las provincias de asegurar su régimen municipal, lo que importa no solo el reconocimiento del estatuto municipal autónomo sino el de las facultades mínimas y necesarias para no desarticular sus fines y su funcionamiento.

Más aún, estas normas permiten identificar un principio general de descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr

una sociedad más abierta y participativa. Como todo principio, constituye un mandato para lograr su máxima satisfacción compatible con otros que resulten aplicables al caso mediante un juicio de ponderación judicial. (doctrina de Fallos: 328:175 voto del juez Lorenzetti).

12) Que, sin embargo, frente a estas atribuciones del Municipio, se encuentran las del Estado Nacional para legislar en virtud de la llamada "cláusula del progreso" (art. 75 inc. 18 Constitución Nacional), por lo que no se trata de facultades excluyentes sino de un supuesto de competencias concurrentes en la materia, en el que la interpretación de ambas debe ser armónica y que es necesario determinar qué criterios deben ser definitorios de los límites de cada una de ellas.

13) Que sentado lo anterior, y dado que distintas jurisdicciones han regulado sobre la misma materia, debe examinarse si existe una incompatibilidad absoluta e inconciliable entre la norma local y la nacional, lo que llevaría a declarar la invalidez de la primera.

En ese sentido, en el *sub examine* no se advierte una interferencia relevante entre la norma local y la nacional.

En efecto, no se ha probado que con la decisión de prohibir la apertura de los supermercados los días domingo se impida el desarrollo pleno del comercio. Por lo demás, no se trata de una restricción al comercio interprovincial sino que el conflicto solo se materializa en el ámbito del municipio demandado.

Cabe recordar que la libertad de comercio es reconocida en el art. 14 de la Constitución Nacional, "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio", de lo que se desprende de manera palmaria su carácter no absoluto. Ha señalado reiteradamente este Tribunal que los derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional, no son absolutos sino que deben ser desplegados con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 328:690; 330:4988, entre muchos otros).

14) Que, entonces, resta examinar la razonabilidad de la medida adoptada, a la luz de los derechos invocados por la actora.

Al respecto, cabe recordar que, desde el antiguo precedente de Fallos: 31:273, la Corte ha reconocido al Poder Legislativo la facultad de restringir el ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución Nacional a fin de preservar otros bienes también ponderados en ella. Ello es así, porque nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no alterarlos en su substancia y de respetar los límites impuestos por las normas de jerarquía superior (arts. 14, 28 y 31 de la Constitución Nacional y Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 296:372; 300:700; 310:1045; 311:1132; 316:188; entre muchos otros).

Desde esta perspectiva, el Tribunal ha establecido que el límite sustancial que la Constitución impone a todo acto estatal, y en particular a las leyes que restringen derechos individuales, es el de la razonabilidad (Fallos: 288:240 y 330:3098, disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni).

Esto implica, según la Corte, que las leyes deben perseguir un fin válido a la luz de la Constitución Nacional; que las restricciones impuestas deben estar justificadas en la realidad que pretenden regular; y que los medios elegidos deben ser proporcionados y adecuados para alcanzar los objetivos proclamados (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional, y doctrina de Fallos: 243:449; 248:800; 334:516; 335:452, entre otros).

Asimismo, cabe recordar que la proporcionalidad supone que las restricciones que se impongan no deben valorarse en abstracto sino en función de la entidad del bien que se pretende proteger (doctrina de Fallos: 313:1638; 330:855 y 334:516).

15) Que, en ese marco, cabe considerar inicialmente si la medida resulta razonable en cuanto formula una distinción entre “micro mercados”, “establecimientos de menor envergadura” y “supermercados”, con base en la superficie de cada uno de ellos, así como en el hecho de que sean atendidos por sus propietarios.

En esta orientación, cabe recordar que esta Corte ha sostenido que el principio de igualdad consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, mas no impide que la legislación contemple en forma diferente situaciones que considere distintas, cuando la discriminación no es arbitraria ni responde a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clase de personas, ni encierra un indebido favor o privilegio, personal o de grupo (Fallos: 182:355; 258:36; 312:3481 y 340:1581 entre muchos otros).

En definitiva, se exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que para introducir diferencias entre ellos deba existir una suficiente justificación que aparezca objetiva, fundada y razonable. En ese contexto, el control de razonabilidad en materia de igualdad exige determinar si a todas las personas o situaciones incluidas en una 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 recibir igual atención jurídica (Fallos: 338:1455).

En el caso, la ordenanza en estudio regula particularmente un universo específico de comercios, todo *"establecimiento comercial que tiene como finalidad vender bienes de consumo de uso habitual en un hogar"*, y formula distinciones dentro de dicha categoría sobre la base de dos parámetros: en primer lugar, a partir de valores objetivos de extensión espacial de la superficie del establecimiento y, en segundo término, a partir de quienes realizan la atención al público; en concreto, si son atendidos por sus dueños.

Así, se distinguen tres categorías de establecimientos comerciales: 1) "supermercados" (aquellos cuyo lugar de venta y atención al público tiene una superficie igual o superior a los 100 mts2, 2) "micromercados" (superficie entre 30 y 100 mts2) y 3) "establecimientos de menor envergadura" (menos de 30 mts2).

A su vez, el legislador local optó por introducir otro elemento de distinción dentro de aquellos establecimientos comprendidos en las categorías *(ii)* y *(iii)*, relativo a la atención personalizada por sus propietarios. En ese marco, mediante la articulación conjunta de

ambos elementos distintivos, se concluye que solo pueden permanecer abiertos los domingos los "minimercados" y "establecimientos de menor envergadura", *"siempre que atendidos únicamente por sus propietarios"*.

El fundamento de las dos pautas de distinción formuladas, conforme expresa la Ordenanza, es la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancia de los supermercados. De modo que la norma establece una distinción normativa basada en causas objetivas (superficie y modalidad de atención) para brindar tratamiento diverso a supuestos de hecho que se consideran diferentes. En su génesis se hallará el propósito de tutela y fomento de los establecimientos de menor porte, habiendo optado el Concejo Deliberante por la determinación de un valor objetivo y general de 100 mts2.

Por lo demás, los parámetros de distinción se aplican independientemente del origen nacional de los titulares de las respectivas explotaciones comerciales, de forma que la condición de extranjero del actor no es considerada en la reglamentación dictada, sin que tampoco se verifique una práctica discriminatoria orientada en tal sentido.

16) Que la ponderación de las distinciones elaboradas por el legislador, de acuerdo a los principios constitucionales en materia de igualdad a que se ha hecho referencia, permite concluir que no surge un espíritu persecutorio o una discriminación arbitraria, aun cuando el camino elegido por el órgano legislativo municipal pudiera ser opinable.

Por último, la referencia a la exigencia de atención por sus dueños resulta razonable bajo la óptica de los principios de protección de la vida familiar, tradición cultural y consenso comunitario, sostenidos por el municipio en el dictado de la norma en estudio y analizados con anterioridad.

17) Que corresponde ahora analizar si la reglamentación adoptada por la municipalidad constituye una regulación razonable del derecho a la libertad de comercio.

En el presente caso, no se verifican elementos que permitan concluir que la ordenanza en estudio incurra en una reglamentación irrazonable o desproporcionada. Ello por cuanto se encuentra orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos y de competencia material del Municipio (tales como el fortalecimiento del vínculo familiar, la protección de pequeños y medianos comerciantes sin afectar negativamente los márgenes de ganancia de los supermercados y los intereses de los consumidores) y la medida adoptada guarda proporcionalidad con tales fines, sin que se haya demostrado que se encuentre afectado el contenido esencial de la libertad de comercio, al habilitarse su ejercicio pleno en los restantes horarios disponibles (6 días a la semana).

En resumidas cuentas, no aparece, ni lo ha demostrado el actor, que los medios arbitrados por el municipio a través de la ordenanza cuestionada no guarden relación con los fines que se propusieron en defensa del interés público local ni que sean desproporcionados con respecto a estos.

18) Que, en mérito a todo lo expuesto, en la medida en que la sentencia apelada parece haberse sustentado en una exégesis descontextualizada de la ordenanza local, solo basada en el título de la norma *("Descanso dominical del trabajador")*, que expresó uno de los varios objetivos que motivaron su dictado sin hacer mérito de los restantes, el pronunciamiento en crisis debe considerarse arbitrario. Pues, como se ha dicho, la disposición municipal bajo examen resulta -en una recta interpretación del plexo jurídico en su conjunto- una reglamentación razonable, orientada a la consecución de fines constitucionalmente válidos para el gobierno local.

De ese modo, la conclusión sostenida por el Superior Tribunal de Provincia, en cuanto a que la Ordenanza 1660 ha invadido la esfera de competencia reservada al Congreso de la Nación, y lesionado el art. 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, aparece como irrazonable y debe ser descalificada.

19) Que, en atención a los fundamentos desarrollados en los considerandos precedentes corresponde también descalificar el argumento del decisorio en revisión relativo a que, en la medida en que la ordenanza regula un sistema de sanciones por inobservancia del descanso dominical, invade la esfera de competencia de la provincia en materia de policía del trabajo.

Por ello, habiendo dictaminado la Señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (art. 16, segunda parte, ley 48). Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito. Notifíquese, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

Ricardo Luis Lorenzetti.

Disidencia del Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz y de la Señora Vicepresidenta Doctora Doña Elena I. Highton de Nolasco

Considerando

1°) Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

2°) Que, tal como allí se afirma, la recurrente no ha desvirtuado lo sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en el sentido de que la ordenanza 1660/2014 dictada por el Concejo Deliberante de la Ciudad de Arroyito tiene por objeto establecer la obligatoriedad del descanso dominical para un sector de trabajadores de dicha ciudad y de que la regulación de tal materia corresponde al Congreso de la Nación en los términos del art. 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.

3°) Que respecto del objeto de la ordenanza 1660/2014 no hay dudas de que el municipio demandado pretende regular el descanso dominical. La ordenanza referida se titula "descanso dominical del trabajador" y establece explícitamente, con algunas excepciones, que "los supermercados de la ciudad de Arroyito no pueden permanecer abiertos los días Domingo" (artículo 1). Por otra parte, dicha ordenanza menciona en sus considerandos que reconoce como antecedente que el Departamento Ejecutivo "logró celebrar convenios con supermercados de nuestra ciudad a los fines de respetar el descanso dominical". Agrega que dicho acuerdo "fue logrado después de arduas negociaciones llevadas a cabo por el Intendente Municipal en virtud que

[sic] algunas firmas locales habían comenzado a reabrir sus puertas los días domingo, conllevando esto a echar por tierra una modalidad social que se había impuesto desde el año 2004" (fs. 12 de los autos principales, a los que se hará referencia en lo sucesivo). En sus considerandos se aclara expresamente que la iniciativa tiene como base "la problemática del descanso dominical de los trabajadores en relación de dependencia con empresas comerciales titulares de supermercados de la ciudad" para luego sostener que "este proyecto obedece a una necesidad de carácter humanitario. El trabajador necesita contar con el descanso dominical que favorece el equilibrio laboral-familiar y respeta la tradición de los días domingos [sic], la posibilidad de mantener y sostener el vínculo familiar" (fs. 13). Finalmente, el propio municipio sostuvo al contestar la demanda que "tener que trabajar los días domingo hasta pasado el mediodía impide [a los empleados] el necesario y merecido descanso [para poder afrontar las obligaciones laborales al día] siguiente" (fs. 78 vta.).

4°) Que con relación al deslinde de facultades es evidente que, al regular el descanso dominical, el Municipio demandado ha invadido una competencia que está reservada de manera exclusiva al Congreso de la Nación, ya que todo lo que queda comprendido en el derecho del trabajo y la seguridad social es parte integrante del derecho de fondo (artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional).

En efecto, en ejercicio de dicha atribución el Congreso dictó, en lo que aquí interesa, la ley 18.204. Allí estableció en todo el territorio nacional la prohibición del trabajo por cuenta ajena desde las 13 horas del día sábado hasta las 24 horas del día domingo siguiente (artículo 1), dejando abierta la posibilidad de que el Poder Ejecutivo autorizara excepciones a esa regla. El artículo 9 de la ley dispuso, no obstante, que "[h]asta tanto el Poder Ejecutivo nacional no dicte las normas reglamentarias pertinentes, seguirán rigiendo en cuanto resulten compatibles con las disposiciones de esta ley, los regímenes de excepciones generales y especiales a la prohibición de trabajar los días sábado por la tarde y los días domingo, vigentes en el orden nacional y en el provincial". Esta regla prohibitiva de trabajar desde las 13 horas del día sábado hasta las 24 horas del domingo no fue modificada por el Congreso en 1974 al dictar la Ley de Contrato de Trabajo. El artículo 204 de la ley 20.744, en efecto, dispuso que "queda prohibida la ocupación del trabajador desde las 13 horas del día sábado hasta las 24 horas del día domingo" salvo en los casos de excepción contemplados en la misma

ley para supuestos específicos (artículos 202 y 203) y "los que las leyes o reglamentaciones prevean, en cuyo caso el trabajador gozará de un descanso compensatorio de la misma duración, en la forma y oportunidad que fijen esas disposiciones atendiendo a la estacionalidad de la producción u otras características especiales". En otras palabras, al sancionar la Ley de Contrato de Trabajo, el Congreso mantuvo la prohibición y dejó abierta la posibilidad del dictado de leyes o reglamentaciones posteriores que establecieran excepciones. En uso de dicha atribución se dictó el decreto 2284/1991, ratificado por la ley 24.307, que estableció una nueva regulación. El artículo 18 de esa norma suprimió "toda restricción de horarios y días de trabajo en la prestación de servicios de venta, empaque, expedición, administración y otras actividades comerciales afines, sin perjuicio de los derechos individuales del trabajador" (artículo 18). Tal como surge de su extensísimo articulado, el decreto resulta aplicable a todo el territorio nacional, sin perjuicio de que algunas de sus disposiciones, en la medida en que regulan asuntos de competencia provincial, requieren de la adhesión por parte de las provincias. Por esa razón el artículo 119 del decreto invitó "a las Provincias a adherir al régimen sancionado en el presente Decreto en lo que a ellas les competa". Pero esa invitación no involucró la regulación del descanso dominical.

Como puede verse, en uso de facultades constitucionales que le competen de modo exclusivo (artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional ya citado) el Congreso, a través del decreto ratificado por la ley 24.307, suprimió toda restricción de días de trabajo, sin perjuicio de los derechos individuales del trabajador. A la luz de ese marco normativo, el Municipio de Arroyito no tenía atribución alguna para dictar una norma contraria a dichas disposiciones.

5°) Que lo expuesto no implica desconocer las facultades que el Municipio tiene en ejercicio del poder de policía, como es la fijación de los horarios de apertura y cierre. El ejercicio de dichas facultades, sin embargo, no puede desnaturalizar los aspectos del contrato de trabajo regulados por el derecho común, como lo es el relativo al descanso dominical, pues el poder de policía local no puede llegar al extremo de desconocer o invadir una atribución exclusiva que la Constitución Nacional, en el artículo 75, inciso 12, ha puesto bajo la órbita del Gobierno Federal. En ese sentido, esta Corte ha señalado que la facultad conferida a la Nación de dictar los códigos y leyes comunes es de naturaleza exclusiva y, por consiguiente, el Congreso, al ejercitarla, puede impe-

dir que las provincias alteren o modifiquen el contenido de las leyes sustantivas. De lo contrario, la delegación hecha al gobierno de la Nación para dictar los códigos comunes habría quedado reducida a una mera fórmula, pues la mayor parte de las instituciones comprendidas en aquellos son susceptibles de considerables restricciones motivadas en razones de policía (Fallos: 156:20 y 321:3108; Fallos: 308:2569).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara inadmisible la queja. Dese por perdido el depósito. Restitúyanse los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, archívese.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

Recurso de queja interpuesto por la **Municipalidad de la Ciudad de Arroyito**, representada por el **Dr. Julio Antonio Loza** con el patrocinio del **Dr. Juan Manuel Freytes.**

Tribunal de origen: Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

SINOPEC ARGENTINA EXPLORATION AND PRODUCTION INC (TF 32557-A) C/ DGA S/ RECURSO DIRECTO DE ORGANISMO EXTERNO

RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurso extraordinario resulta formalmente admisible, toda vez que se halla en tela de juicio la inteligencia de normas federales (arts. 9°, apartado 2°, inc. d., del decreto 618/97; 23, inc. d., 726, 727, 728 Y 792 del Código Aduanero, la resolución -MEyP- 394/07) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la recurrente ha sustentado en ella (art. 14, inc. 3°, de la ley 48) (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite-.
-La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

RECURSO EXTRAORDINARIO

En la tarea de establecer la correcta interpretación de normas de carácter federal la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (art. 16 de la ley 48), según la inteligencia que rectamente les otorgue (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite-. -La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DERECHOS DE EXPORTACION

A la luz de lo dispuesto por los arts. 726 y 728 del Código Aduanero la alícuota que resulta de aplicación a los derechos de exportación es aquella que, a la fecha del registro de la solicitud de destinación de exportación para consumo, surge de la fórmula establecida por el art. 4 ° de la resolución (MEyP) 394/07 habiendo cumplido con los dos pasos previos allí establecidos: la fijación del precio internacional (Pi) por parte de la Secretaría de Energía y su consideración en la fórmula por parte de la DGA (cfr. arts. 7° y 8° de ese reglamento) (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite-. -La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DERECHOS DE EXPORTACION

Los arts. 726 y 728 del Código Aduanero son claros al establecer que a la fecha del registro de la correspondiente solicitud de destinación de exportación para consumo se fijan las obligaciones y derechos del documentante en torno a la operación que instrumenta; es la ley vigente entonces la que ha de serle aplicada a todas las consecuencias que nacen del hecho del compromiso del exportador, tanto en cuanto a su responsabilidad tributaria y penal, como en lo relativo a los beneficios que puede obtener con la operación que realiza, que el Estado no puede luego modificar unilateralmente, al menos sin indemnización (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite-. -La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DERECHOS DE EXPORTACION

El precio internacional fijado por la Secretaría de Energía y considerado por la DGA para calcular la alícuota para los derechos de exportación aplicable en una determinada fecha puede o no coincidir con el precio de ese día de los hidrocarburos en los mercados a los que hace referencia el art. 3° de la resolución (MEyP) 394/07; ello dependerá de la diligencia de la Secretaría de Energía en fijar el precio internacional y de la DGA en considerar dicha cotización en la fórmula establecida en el art. 4° de la citada resolución (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite-. -La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

DERECHOS DE EXPORTACION

Los arts. 726 y 728 del Código Aduanero no ordenan que se tome en cuenta la cotización internacional del petróleo crudo del día del registro del permiso de embarque, sino que ellos establecen que resulta de aplicación la alícuota vigente a la fecha del registro de la correspondiente solicitud de destinación de exportación para consumo, la que se obtiene de la fórmula establecida en el art. 4° de la resolución (MEyP) 394/07, sobre la base de los dos pasos previos allí establecidos: precio internacional fijado por la Secretaría de Energía y considerado por la DGA (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Maqueda).

-Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite-. -La Corte, por mayoría, declaró inadmisible el recurso extraordinario (art. 280 CPCCN)-

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

La Dirección General de Aduanas (DGA), mediante el cargo 53/2010, confirmado por la resolución 115/2012 del Administrador (interino) de la Aduana de Caleta Olivia, acompañada a fs. 14/18, (en adelante, la resolución), exigió a Sinopec Argentina Exploration and Production Inc. (en adelante, SINOPEC), el pago de diferencias por derechos

de exportación correspondientes a la destinación 10087EC01000064F, en los términos de lo establecido en el art. 794 del Código Aduanero.

Tal reclamo tuvo origen en una liquidación suplementaria que realizó la DGA -en ejercicio de sus atribuciones conferidas por los arts. 9°, a. 2° inc. d), del decreto 618/2007; 348 y 1018, ap. 2°, del Código Aduanero -con base en lo prescripto en el art. 726 del Código Aduanero que fija que el derecho de exportación aplicable a las exportaciones para consumo, producidas en forma regular, es la fecha de registro de la solicitud.

Para fundar su acto, la DGA sostuvo que se había producido *"una demora normal, originada a partir de la propia dinámica del comercio exterior para la obtención de la cotización del día del registro"*. Ante ello, consideró que constituía *"un deber del exportador"*, en caso de que desconociera la cotización aplicable a la fecha del registro, rectificar su declaración y abonar en término la diferencia por el tributo que aquí se reclama (ver fs. 16, 3° párr.).

SINOPEC impugnó tal resolución ante el Tribunal Fiscal de la Nación, que confirmó el acto apelado (fs. 76/81).

A su turno, a fs. 133/135, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I) admitió el recurso interpuesto por la actora y revocó el pronunciamiento del Tribunal Fiscal de la Nación.

Para así decidir, el *a quo* valoró que lo abonado por la actora había sido determinado por la misma DGA -mediante el sistema informático María- y que fue su propio comportamiento el que redundó en las supuestas inexactitudes por las que ahora pretende exigir una suma mayor.

Al ser ello así, entendió que el pago realizado -sin culpa ni dolo por parte del contribuyente- tenía efectos liberatorios para la empresa por lo que el fisco no podía exigirle una suma mayor derivada de un error de la propia administración.

-II-

Disconforme con tal pronunciamiento, la DGA interpuso el recurso extraordinario de 139/150, que fue concedido a fs. 167 en cuanto se cuestionó la interpretación y el alcance de normas de carácter federal y desestimado en lo relativo a la arbitrariedad invocada.

Esgrimió que la sentencia apelada pretende limitar las facultades del Fisco en materia de control de operaciones aduaneras y que ello se traduce en una afectación a la renta fiscal.

Explicó que los derechos de exportación deben ser liquidados y abonados según las pautas vigentes al momento de registro de la operación y, en el presente caso, el exportador no canceló sus obligaciones debidamente.

Si bien reconoció que el sistema informático Maria no liquidaba los derechos en forma correcta, justificó tal extremo en razones de carácter operativo, pues los datos eran informados por otro organismo (Secretaría de Energía). En razón de lo anterior, explicó que se modificó la resolución del Ministerio de Economía y Producción (MEyP) 394/07 por su similar (MEyP) 599/10, en la que se establece que la DGA debe considerar las cotizaciones correspondientes al segundo día hábil anterior al del registro de las solicitudes de exportación para consumo.

Luego, habida cuenta de que los derechos de exportación deben ser liquidados y abonados conforme a las pautas vigentes al momento del registro, defendió la legitimidad de su acto con fundamento en las facultades previstas en los arts. 9°, apartado 2°, inc. d), del decreto 618/97 y 23, inc. d), del Código Aduanero; cuyo ejercicio, sostuvo, torna inaplicable la doctrina del efecto liberatorio del pago.

-III-

Estimo que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible, toda vez que se halla en tela de juicio la inteligencia de normas federales (arts. 9°, apartado 2°, inc. d, del decreto 618/97; 23, inc. 726, 727, 728 y 792 del Código Aduanero, la resolución -MEyP- 394/07) Y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la recurrente ha sustentado en ella (art. 14, inc. 3°, de la ley 48).

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

-IV-

En primer término, es oportuno recordar que el art. 728 del Código Aduanero establece que: *"A los fines de la liquidación de los derechos de exportación y de los demás tributos que gravaren la exportación para consumo, serán de aplicación el régimen tributario, la alícuota,*

la base imponible y el tipo de cambio para la conversión de la moneda extranjera en moneda nacional de curso legal, vigentes en las fechas indicadas en los artículos 726 y 727".

A su turno, el art. 726 de ese Código manifiesta: *"Es aplicable el derecho de exportación establecido por la norma vigente en la fecha del registro de la correspondiente solicitud de destinación de exportación para consumo".*

Estos preceptos imponen desentrañar cuál es la alícuota vigente a la fecha del registro de la solicitud de destinación de exportación para consumo.

En tal sentido, hay acuerdo entre las partes, y les asiste razón en mi parecer, en cuanto a que, para fijar la alícuota aplicable, es necesario remitirse a lo dispuesto por la resolución del Ministerio de Economía y Producción (MEyP) 394/07, cuya constitucionalidad no ha sido objeto de debate.

El art. 3° de esa resolución (MEyP) 394/07 establece que: *"Se define como precio internacional al precio de los hidrocarburos vigente en mercados de referencia considerados como tales por su representatividad y relevancia, como alternativa de exportación desde la REPUBLICA ARGENTINA".*

Su art. 4° fija la forma de cálculo de la *"alícuota"* de los derechos de exportación de los hidrocarburos que figuran en su anexo I, entre los que se encuentra el aquí documentado en la destinación 10087EC01000064F, mediante una fórmula que tiene en cuenta dicho precio internacional.

Luego, el art. 7° del citado reglamento fija que: *"A los efectos de aplicar el valor del Precio Internacional (Pi) de los productos incluidos en el Anexo I, la Dirección General de Aduanas dependiente de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMIA Y PRODUCCION, considerará las cotizaciones diarias de dicho precio".*

Finalmente, su art. 8° determina: *"La Dirección Nacional de Refinación y Comercialización, dependiente de la SUBSECRETARIA DE COMBUSTIBLES de la SECRETARIA DE ENERGIA del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, fijará diariamente el precio citado en el Artículo 7 0 de la presente medida".*

De la lectura de estos cuatro preceptos reglamentarios se desprende que son necesarios dos pasos previos para el cálculo de la alícuota aplicable. Primero, la Secretaría de Energía debe *"fijar diariamente"*

el precio internacional vigente en los mercados de referencia, según lo define el art. 3° transcripto. Segundo, la DGA debe *"considerar"* ese precio diario fijado por la Secretaria de Energía a fin de *"calcular"* la alícuota de los derechos de exportación aquí estudiados.

Entonces, a la luz de lo dispuesto por los arts. 726 y 728 del Código Aduanero ya transcriptos, es claro para mí que la alícuota que resulta de aplicación es aquella que, a la fecha del registro de la solicitud de destinación de exportación para consumo, surge de la fórmula establecida por el art. 4° de la resolución (MEyP) 394/07 habiendo cumplido con los dos pasos previos allí establecidos :la *"fijación"* del precio internacional (Pi) por parte de la Secretaría de Energía y su *"consideración"* en la fórmula por parte de la DGA (cfr. arts. 7° y 8° de ese reglamento).

La alícuota así obtenida, a partir del cumplimiento de esos dos pasos previos, es *"...la norma vigente en la fecha del registro de la correspondiente solicitud de destinación de exportación para consumo"*, en los términos del art. 726 del Código Aduanero.

Es que los arts. 726 y 728 del Código Aduanero son claros al establecer que a la fecha del registro de la correspondiente solicitud de destinación de exportación para consumo se fijan las obligaciones y derechos del documentante en torno a la operación que instrumenta, criterio ya sostenido por V.E. en Fallos: 175:86. Es la ley vigente entonces la que ha de serle aplicada a todas las consecuencias que nacen del hecho del compromiso del exportador, tanto en cuanto a su responsabilidad tributaria y penal, como en lo relativo a los beneficios que puede obtener con la operación que realiza, que el Estado no puede luego modificar unilateralmente, al menos sin indemnización (Fallos: 310:1606; 328:1750, entre otros).

Sentado ello, estimo necesario dejar en claro que el precio internacional *"fijado"* por la Secretaría de Energía y *"considerado"* por la DGA para calcular la alícuota aplicable en una determinada fecha puede o no coincidir con el precio de ese día de los hidrocarburos en los mercados a los que hace referencia el art. 3° de la resolución (MEyP) 394/07. Ello dependerá de la diligencia de la Secretaría de Energía en *"fijar"* el precio internacional y de la DGA en *"considerar"* dicha cotización en la fórmula establecida en el art. 4° de la resolución (MEyP) 394/07.

Pero ello no es óbice para el razonamiento que aquí se sostiene, a poco que se observe que los arts. 726 y 728 del Código Aduanero no ordenan que se tome en cuenta la *"cotización"* internacional del pe-

tróleo crudo del día del registro del permiso de embarque, sino que ellos establecen que resulta de aplicación la *"alícuota"* vigente a la fecha del registro de la correspondiente solicitud de destinación de exportación para consumo, la que se obtiene -como ya se explicó- de la fórmula establecida en el art. 4° de la resolución (MEyP) 394/07, sobre la base de los dos pasos previos allí establecidos: precio internacional *"fijado"* por la Secretaría de Energía y *"considerado"* por la DGA.

-V-

Opino que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 25 de febrero de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 20 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Sinopec Argentina Exploration and Production Inc (TF 32557-A) c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo".

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se lo desestima. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia)– Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda (en disidencia)– Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido correctamente examinadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que corresponde remitirse por motivos de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – JUAN CARLOS MAQUEDA.

Recurso extraordinario interpuesto por el **Fisco Nacional (Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General de Aduanas)**, representado por el **Dr. Héctor Ariel Brandi.**

Traslado contestado por **Sinopec Argentina Exploration and Production Suc. Argentina**, con el patrocinio letrado del **Dr. Juan Patricio Cotter.**

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

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

ABAN DE ITUARTE, FRANCISCA AMÉRICA C/ ESTADO PROVINCIAL Y OTROS S/ ACCIÓN AUTÓNOMA DE NULIDAD DE COSA JUZGADA ÍRRITA Y FORMAL

SENTENCIA ARBITRARIA

La arbitrariedad atribuida a la sentencia apelada por haberse aplicado en ella el plazo previsto en el art. 4023 en lugar del 4030 del Código Civil, sólo traduce el desacuerdo del apelante con el criterio adoptado por el tribunal superior respecto de normas de derecho común, fundado en razones que, al margen de su acierto o error y dada la ausencia de norma expresa que regule dicha cuestión en el ámbito de las acciones como la entablada en autos -acción de nulidad por cosa juzgada írrita-, acuerdan

sustento bastante a su decisión sobre la base de una interpretación posible de las disposiciones legales en juego y lo ponen a resguardo de la tacha de arbitrariedad invocada.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que hizo lugar a la acción y declaró la nulidad de la sentencia dictada en un proceso de remoción iniciado contra la actora, pues la decisión apelada exhibe conclusiones dogmáticas que, al apartarse de las constancias de la causa y modificar la sentencia del tribunal de enjuiciamiento pasada en autoridad de cosa juzgada dan lugar a su descalificación como acto jurisdiccional válido.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que hizo lugar a la acción y declaró la nulidad de la sentencia dictada en un proceso de remoción iniciado contra la actora, pues las manifestaciones dirigidas a sostener el carácter inescindible - indivisible de las dos causales de destitución sobre la base de que el derecho de defensa se ejerció siempre en relación a ambas no constituyen una fundamentación apta para fundar tal proceder, al no corresponderse con las constancias de la causa, máxime cuando -tal como reconoció el propio a quo- el tribunal de enjuiciamiento había aclarado expresamente que la causal referida a las irregularidades en la tramitación del expediente laboral resultaban por sí solas suficientes para disponer la destitución de la magistrada enjuiciada.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

Es arbitraria la sentencia que hizo lugar a la acción y declaró la nulidad de la sentencia dictada en un proceso de remoción iniciado contra la actora toda vez que, aun cuando la prueba pericial realizada sobre las escuchas telefónicas no guarda relación sino con la causal referida a la actuación de la magistrada como miembro de la comisión de acusación en el proceso de remoción de un juez y, por lo tanto, resulta ajena a la conducta por ella desplegada en la causa laboral, el a quo decidió

igualmente ingresar en el estudio de esta última cuestión, la que debería haber quedar fuera del ámbito de revisión al que se circunscribía la presente acción de nulidad.

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

RECURSO EXTRAORDINARIO

Las cuestiones de hecho y prueba, de derecho común y procesal constituyen materia propia de los jueces de la causa y, por lo tanto, no son susceptibles de revisión por la vía excepcional del artículo 14 de la ley 48, salvo, claro está, la existencia de un supuesto de arbitrariedad, pues la garantía de defensa en juicio implica la posibilidad de obtener una sentencia que sea una derivación razonada del derecho vigente con relación a los hechos de la causa.

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

SENTENCIA ARBITRARIA

La doctrina de la arbitrariedad resulta de aplicación restringida y no es apta para cubrir las meras discrepancias de las partes respecto de los fundamentos de hecho, prueba y de derecho común, con base en los cuales los jueces de la causa apoyaron sus decisiones en el ámbito de su jurisdicción excluyente.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A 477/509 vta. de los autos principales (a cuya foliatura se referirán las siguientes citas), el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy -por mayoría- hizo lugar a la acción autónoma de nulidad por cosa juzgada írrita interpuesta por Francisca América Asunción Aban de Ituarte contra el Estado provincial y los magistrados integrantes del Tribunal de Enjuiciamiento con el objeto de obtener la declaración de nulidad absoluta, total e insanable de la sentencia mediante la cual

había sido destituida de su cargo de juez de la Sala III del Tribunal del Trabajo de los Tribunales Ordinarios de la Provincia de Jujuy, juntamente con la absolución en los términos del art. 177, ap. 2°, de la Constitución provincial, el cobro de los salarios caídos y la condena al pago de una indemnización por daño moral y psíquico.

Tal como advirtió el *a quo*, la actora fundó su presentación en la existencia de "auténticas novedades fácticas" que tuvieron lugar con posterioridad al dictado del fallo que había dispuesto su destitución, dotadas de notoria eficacia y esencial trascendencia jurídica para acreditar la improcedencia formal y sustancial del proceso de enjuiciamiento y, por ende, la admisibilidad de la presente acción revisora.

Recordó, en tal sentido, que la destitución dispuesta en la referida sentencia del Tribunal de Enjuiciamiento -recaída en el expediente 116/95, iniciado a partir de la denuncia presentada por el contador Humberto Mario Boffano- se había fundado en dos causales: 1) las irregularidades incurridas en el trámite de un expediente laboral en el que la actora había sido "Presidente de Trámite" y 2) el haber mantenido una conversación telefónica con quien resultaba denunciante en un trámite de enjuiciamiento en el que la magistrada participaba como miembro del tribunal instructor, respecto de la cual el superior tribunal recordó lo manifestado por la actora al afirmar que el Tribunal de Enjuiciamiento había admitido como auténtica una grabación telefónica clandestina obtenida sin orden judicial y de autor anónimo, disponiéndose su agregación ilegítima a la causa, sin existencia de pericia que acreditara su autenticidad a pesar de su constante desconocimiento.

A continuación, se refirió a la primera de las dos "novedades fácticas" invocadas por la actora, esto es, la prueba pericial sobre las escuchas telefónicas realizada en el expediente penal iniciado en su contra un año después de su destitución, oportunidad en la que la Policía Federal Argentina dictaminó que la grabación telefónica considerada como prueba de cargo para destituirla estaba editada, armada y que no se correspondía con conversaciones telefónicas contemporáneas.

Como segunda "novedad fáctica" -recordó luego el *a quo*-, la actora invocó la existencia de la resolución dictada el 3 de mayo de 1998 por el jurado interviniente en el enjuiciamiento del juez Oscar Máximo Aramayo, mediante la cual se dispuso declarar la nulidad de la resolución del tribunal instructor -integrado, entre otros magistrados, por la actora- por la que se había ordenado la formación de una causa respecto del magistrado denunciado, con fundamento en los hechos que

fundaron la destitución de esta última, es decir, la conversación telefónica mantenida con el Dr. Car, denunciante.

En esa inteligencia -refirió el *a quo*- la actora concluyó que su destitución había sido "montada artificiosamente a los fines de posibilitar la declaración de nulidad de la resolución dictada por el Tribunal de Enjuiciamiento y la posterior desestimación sin más de la denuncia en contra del juez de instrucción Dr. Oscar Aramayo".

Una vez reseñados los antecedentes, el superior tribunal provincial se refirió a la prescripción de la acción de nulidad por cosa juzgada írrita, respecto de la cual consideró aplicable el plazo decenal previsto en el art. 4023 del Código Civil ante la inexistencia de un plazo específico establecido por ley. Así decidió, al entender -con invocación de doctrina civilista referida al tema- que dicho plazo de prescripción es el que "rige para las acciones de cumplimiento de la sentencia firme -*actio judicati*- que es distinta a la acción que corresponde a las obligaciones que dieron lugar al juicio y a la condena". Expresó en tal sentido que el art. 4023 C.C. establece este plazo que es genérico y residual y que el plazo de dos años previsto en los arts. 4030 y 4031 rige para ciertos casos particulares de nulidad y que los supuestos no contemplados en estas normas caen bajo el imperio del principio general de la prescripción decenal. A ello agregó, finalmente, que "en la acción de nulidad de una sentencia ejecutoriada, está en juego el orden público, pues se trata de la alteración de la cosa juzgada" y que, de acuerdo con la doctrina que allí citada, "cualquiera haya sido el término de prescripción de una acción deducida en juicio, si ella origina una sentencia de condena, de este pronunciamiento de la autoridad judicial surge una pretensión que prescribe en el término ordinario de 10 años".

Sobre esa base, y luego de advertir que todos los hechos que motivaron estas actuaciones se sucedieron bajo la vigencia del anterior Código Civil concluyó que "de la simple lectura de las fechas referenciadas se advierte que la acción no está prescripta, tanto si tomamos que el cómputo del plazo comenzó desde el dictado de la sentencia cuya nulidad se impugna (18/07/97 notif. 21/04/97 y/o sentencia del recurso de inconstitucionalidad 22/05/97 pues, en realidad, hasta esa fecha por causa de interrupción el plazo de la prescripción no corrió) cuanto si tomamos desde que tomó conocimiento de la pericia de las grabaciones telefónicas (2 de junio de 1998 -fecha pericia-; 12 de junio de 1998 -agregación a la causa-; 19 de junio de 1998 fecha en que se expidió copia del dictamen de la Dra. Abán)"

Ello sentado, se pronunció en primer término sobre la causal vinculada con las grabaciones telefónicas, al ser la "que refiere a la novedad fáctica que se plantea como sustento de la nulidad". En lo que aquí interesa, concluyó que no cabían dudas de que se daba el supuesto de procedencia de nulidad de la cosa juzgada írrita, "habiéndose admitido la incorporación de la prueba obtenida ilegalmente, y habiéndose demostrado en esta acción autónoma de nulidad que la misma fue armada, editada, que no fue real".

Así decidió, al sostener que la prueba pericial realizada por la Policía Federal Argentina era contundente, por cuanto en ella se había concluido que el "material es 'armado', que tiene 'empalmes', ya que se escuchan cuatro 'clics', que hay 'superposiciones de voces", y al considerar que "la entidad de esta prueba para demostrar la nulidad de la sentencia de esta causa, se profundiza si tenemos en cuenta que estas escuchas telefónicas fueron incorporadas ilegalmente al proceso del Jury".

Seguidamente, y antes de referirse a la acusación referida a las irregularidades verificadas en el expediente laboral, manifestó que ambas causales fueron las que determinaron en el tribunal la conclusión de su falta de idoneidad para el cargo, por lo que son inescindibles - indivisibles pues el ejercicio del derecho de defensa se ejerció siempre en relación a las dos causales ya que ambas ameritaban la consideración de su ineptitud para ser jueza. Si bien el Tribunal en sus argumentos manifestó que estas irregularidades por sí solas eran suficientes para su destitución, cuando dictó la sentencia que instruyó sumario para los tres jueces intervinientes difirió el tratamiento en relación a la Jueza Abán a las resultas del expediente iniciado con motivo de las escuchas, por lo que dicho argumento fue sólo aparente en la sentencia".

En cuanto a las referidas irregularidades en el trámite de la causa laboral (demoras en la tramitación, errores en la fecha de un acta, solicitud de información a un perito que en realidad no lo era porque había declarado como testigo en la causa, audiencias suspendidas en varias oportunidades, etc.), afirmó que ellas fueron subsanadas por el Superior Tribunal mediante el recurso de casación que resolvió anular la sentencia. Además -continuó-, "provocó respecto a los otros jueces intervinientes del tribunal oral que fueran sancionados con las costas del expediente".

En tales circunstancias, consideró que habiendo desaparecido la causal de las escuchas telefónicas, la Dra. Aban tenía derecho a que

su conducta tuviese un trato igual al que se dio a los demás, "meritándose en su caso, solamente que ella era la Presidente de Trámite". Al no contar con una auditoría de todas las causas que estuvieron a su cargo para meritar si la negligencia apuntada en ese expediente laboral se extendía a todos su comportamiento como juez en el tribunal, teniendo en cuenta, además, la sanción impuesta a los otros jueces, concluyó, entonces, que la causal vinculada con el trámite seguido en dicho expediente no tenía entidad suficiente como para que quedara demostrada su ineptitud y su consecuente destitución.

Así las cosas, resolvió hacer lugar a la acción planteada y, en consecuencia, declaró la nulidad de la sentencia dictada en el proceso de remoción iniciado contra la Dra. Abán. En punto al reclamo indemnizatorio, el *a quo* condenó al Estado provincial, en su carácter de responsable directo del actuar de sus funcionarios, a abonar la suma de $ 933.194 -más los intereses correspondientes- en concepto de daño moral, a la vez que rechazó lo solicitado por daño material, al afirmar que la magistrada, "por decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pudo acceder a los beneficios de la jubilación y no obstante su destitución los haberes jubilatorios los ha percibido".

-II-

Disconforme con tal pronunciamiento, la actora y el Estado provincial interpusieron sendos recursos extraordinarios, obrantes a fs. 528/548 vta. y 553/567 vta., respectivamente. A fs. 654/657, obra el auto mediante el cual fue concedido el primero de los recursos (identificado como CSJ 1684/2018/CS1 "Aban de Ituarte, Francisca América Asunción c/ Gobierno de la Provincia de Jujuy s/ acción autónoma de nulidad de cosa juzgada írrita y formal", que circula junto al presente) y rechazado el restante, dando lugar a la queja en examen.

En su presentación, el Estado provincial se agravia por la que considera una manifiesta violación de la cosa juzgada, al sostener que "es claro que la revelación posterior al dictado de la sentencia de destitución, del posible montaje de la cintas que contenían las escuchas, sólo refiere a la causal de destitución, vinculada con la actuación de la jueza removida en tanto miembro de la comisión de acusación en el proceso de remoción del magistrado Dr. Víctor Aramayo; mas no puede en nada conmover, y ninguna relación guarda, con la destitución decidida por mérito de la otra causal, que es la referida al mentado juicio laboral. Además, si el propio Tribunal de Enjuiciamiento entendió necesario aclarar que se trataba de causales que fundaban por sí e

independientemente la decisión de destitución, no puede un tribunal distinto, diecinueve años después, sostener que las causales fueron tratadas sin independencia por el sólo hecho de la acumulación de los expedientes de destitución".

En tal sentido, califica de inconsistencia lógica la conducta seguida por el *a quo* al haber reconocido, por un lado, que el Tribunal de Enjuiciamiento había manifestado que las irregularidades atribuidas a la magistrada "por sí solas eran suficientes para su destitución" y, al mismo tiempo, haber supuesto que el mismo tribunal había tomado ambas causas de modo indivisible. Advierte luego que a fs 506 vta. y 507, la sentencia impugnada relativizó las irregularidades cometidas por la Dra. Abán en la causa "Dalmacio Mamaní c/ Estado Provincial", lo cual a su entender implicó revisar sin razón suficiente una causal de destitución autónoma y autosuficiente, según los .propios términos de la sentencia del Tribunal de Enjuiciamiento, que nada tenía que ver con el alegado "hecho nuevo" de la prueba pericial acústica efectuada que sólo guardaba alguna relación con la otra causal de destitución.

Concluye, así, en que la sentencia había modificado una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada a través de la formulación de contrapuntos de criterio con el Tribunal de Enjuiciamiento constituido veinte años antes sobre el desempeño de la Dra. Abán en la referida causa laboral, decisión respecto la cual -afirma la recurrente- la magistrada tuvo todos los recursos a su disposición y así, en efecto, fue que interpuso recurso de inconstitucionalidad local y el extraordinario federal que le fue denegado.

Se agravia, asimismo, ante la alegada violación de la cosa juzgada por inexistencia de "hecho nuevo" , al afirmar que la magistrada destituida tuvo en todo momento la posibilidad de ejercer su defensa y r sin embargo, no solicitó la realización de la prueba pericial acústica en su proceso de destitución, adoptando una postura defensiva centrada en el cuestionamiento de la legalidad de la introducción de las supuestas escuchas en su enjuiciamiento; afirma así que el resultado del proceso de destitución se vincula directamente con la objetable estrategia defensiva adoptada por la magistrada.

Invoca, por último, la existencia de un supuesto de arbitrariedad en la determinación del plazo de prescripción correspondiente a las acciones autónomas de nulidad por cosa juzgada írrita, al haber aplicado el *a quo* el plazo decenal del art. 4023 del Código Civil, en lugar del plazo bianual previsto en el art. 4030 del mismo cuerpo legal para

la revisión de actos jurídicos por violencia, intimidación, dolo, error o falsa causa. Sobre esa base, observó que, desde que la actora tomó conocimiento de la prueba pericial acústica efectuada por la Policía Federal Argentina, y hasta la promoción de la acción de revisión, transcurrieron nueve años, tiempo que consideró excesivo, al que no puede ser sujetada la inmutabilidad de la *res judicata*.

-III-

Ante todo, cabe recordar que V.E. tiene dicho de manera reiterada que las cuestiones de hecho y prueba, de derecho común y procesal constituyen materia propia de los jueces de la causa y, por lo tanto, no son susceptibles de revisión por la vía excepcional del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 317:948, entre muchos otros), salvo, claro está, la existencia de un supuesto de arbitrariedad, pues la garantía de defensa en juicio implica la posibilidad de obtener una sentencia que sea una derivación razonada del derecho vigente con relación a los hechos de la causa (Fallos: 330:4454; 331:583). Dicha doctrina, es dable recordar, resulta de aplicación restringida, no apta para cubrir las meras discrepancias de las partes respecto de los fundamentos de hecho, prueba y de derecho común, con base en los cuales los jueces de la causa apoyaron sus decisiones en el ámbito de su jurisdicción excluyente (Fallos: 329:437, entre muchos otros).

Ello sentado, considero que el cuestionamiento de la recurrente vinculado con el cómputo de la prescripción -planteo que corresponde analizar en primer término, dado que, de hacerse lugar a él, carecería de sentido pronunciarse sobre el resto de los cuestionamientos- no tiene entidad suficiente para habilitar la instancia extraordinaria. Así lo entiendo, ya que dicho agravio, fundado en la arbitrariedad atribuida a la sentencia apelada por haberse aplicado en ella el plazo previsto en el art. 4023 en lugar de del 4030 del Código Civil, sólo traduce el desacuerdo del apelante con el criterio adoptado por el tribunal superior respecto de normas de derecho común, fundado en razones que, al margen de su acierto o error y dada la ausencia de norma expresa que regule dicha cuestión en el ámbito de las acciones como la entablada en autos, acuerdan sustento bastante a su decisión sobre la base de una interpretación posible de las disposiciones legales en juego y lo ponen a resguardo de la tacha de arbitrariedad invocada (Fallos: 330: 4770, entre otros).

Distinta es la situación, a mi entender, del agravio fundado en la existencia de violación de la cosa juzgada respecto de la causal de des-

titución vinculada con el desempeño de la Dra. Abán como "presidente de trámite" en el marco del expediente laboral "Dalmacio Mamaní c/ Estado Provincial".

Tal es mi parecer, toda vez que, aun cuando la prueba pericial realizada sobre las escuchas telefónicas no guarda relación sino con la causal referida a la actuación de la magistrada como miembro de la comisión de acusación en el proceso de remoción del juez Aramayo, y, por lo tanto, resulta ajena a la conducta por ella desplegada en la causa laboral citada, el *a quo* decidió igualmente ingresar en el estudio de esta última cuestión, la que, en razón de lo expuesto, debería quedar fuera del ámbito de revisión al que se circunscribe la presente acción de nulidad.

Así lo hizo, en efecto, al expresar que las irregularidades verificadas en dicho expediente "ya fueron subsanadas por el Superior Tribunal mediante el recurso de casación que resolvió anular la sentencia. Además provocó respecto a los otros jueces intervinientes del tribunal oral, que fueran sancionados con las costas del expediente" y, asimismo, al concluir en que "desapareciendo la causal de las escuchas telefónicas, la Dra. Abán tiene derecho a que su conducta tenga un trato igual al que se dio a los demás, meritándose en su caso, solamente que ella era la Presidente de Trámite", y que "ese sólo expediente no tiene entidad suficiente como para que quede demostrada su ineptitud y su consecuente destitución" (v. fs. 506 vta./ 507).

Ello sentado, considero que las manifestaciones dirigidas a sostener el carácter "inescindible - indivisible" de las dos causales de destitución sobre la base de que el derecho de defensa se ejerció siempre en relación a ambas tampoco constituyen una fundamentación apta para fundar tal proceder, al no corresponderse con las constancias de la causa. Así lo entiendo, máxime cuando -tal como reconoció el propio *a quo* a fs. 506- el Tribunal de Enjuiciamiento había aclarado expresamente que la causal referida a las irregularidades en la tramitación del expediente laboral resultaban por sí solas suficientes para disponer la destitución de la magistrada enjuiciada (v. fs. 19); conclusión ésta que en nada se ve modificada por lo expresado por el *a quo* al advertir que el Tribunal de Enjuiciamiento, al dictar la sentencia por la que se había dispuesto la instrucción de un sumario para los tres jueces intervinientes en el referido expediente laboral, difirió el tratamiento en relación a la jueza Abán a las resultas del expediente iniciado con motivo de las escuchas.

En tales circunstancias, pues, entiendo que la decisión apelada exhibe conclusiones dogmáticas que, al apartarse de las constancias de la causa y modificar la sentencia del Tribunal de Enjuiciamiento pasada en autoridad de cosa juzgada respecto de la cuestión que aquí se advierte, dan lugar a su descalificación como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias.

-IV-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja interpuesta, dejar sin efecto la sentencia apelada en cuanto fue materia de recurso extraordinario con el alcance señalado y devolver la actuaciones al tribunal de procedencia para que, por quien corresponda, se dicte una nueva conforme a lo aquí dictaminado. Buenos Aires, 8 de noviembre de 2019.*Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de mayo de 2021.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Jujuy en la causa Aban de Ituarte, Francisca América c/ Estado Provincial y otros s/ acción autónoma de nulidad de cosa juzgada írrita y formal", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas por la recurrente encuentran adecuada respuesta en el dictamen emitido por la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Exímase a la recurrente de integrar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la

acordada 47/91. Agréguese la queja a los autos principales. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO – JUAN CARLOS MAQUEDA – RICARDO LUIS LORENZETTI – HORACIO ROSATTI.

Recurso de queja interpuesto por la **Fiscalía de Estado de la Provincia de Jujuy**, representada por el **doctor Matías Leonardo Nieto.**

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal de Enjuiciamiento de la Provincia de Jujuy.**

INC S.A. c/ CHUBUT, PROVINCIA DEL s/ ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA

CUESTION ABSTRACTA

Toda vez que la provincia demandada puso en conocimiento de la Corte la resolución por medio de la cual declaró abstracta la pretensión fiscal impugnada respecto de la determinación y cobro del crédito fiscal por el impuesto sobre los ingresos brutos, la cuestión materia del proceso -declaración de inconstitucionalidad de la alícuota prevista en el art. 13 de la ley XXIV n° 67 de Chubut - carece de objeto actual, extremo que impide cualquier consideración de la Corte al respecto, en la medida en que le está vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos.

COSTAS

Las costas deben ser soportadas por la provincia demandada, toda vez que fue el dictado de la normativa cuestionada -art. 13 de la ley XXIV n° 67 de Chubut- lo que motivó la promoción de las actuaciones (conf. art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de mayo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 162 la provincia del Chubut pone en conocimiento del Tribunal la resolución n° 304/2019-DGR, por medio de la cual dispuso acatar la jurisprudencia de esta Corte y declaró abstracta la pretensión fiscal deducida en el expediente administrativo n° 1096/2016-DGR, respecto de la determinación y cobro del crédito fiscal por el impuesto sobre los ingresos brutos que resulte de la aplicación de alícuotas diferenciales sobre la base del lugar de radicación del contribuyente.

Sostiene que, ante tal circunstancia, no subsiste la situación de incertidumbre planteada en la demanda.

Asimismo, solicita que, de considerarse que la cuestión debatida se ha tornado abstracta, se impongan las costas en el orden causado.

2°) Que, corrido el pertinente traslado, a fs. 168 la parte actora peticiona que la cuestión se declare abstracta y requiere que las costas del proceso se impongan a la provincia demandada, por los motivos que allí expone.

3°) Que la demandada ha dictado la resolución n° 304/2019–DGR mediante la cual, en lo que aquí interesa, se declaró abstracta la pretensión fiscal impugnada en estos autos y se ordenó el archivo del expediente administrativo nº 1096/2016-DGR.

Frente a ello, la cuestión materia de este proceso –declaración de inconstitucionalidad de la alícuota prevista en el art. 13 de la ley XXIV n° 67, véase fs. 103 y 103 vta., ap. II, párr. 1°- 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 (conf. CSJ 1255/2017 “Estancias Marginales S.A. c/ Chaco, provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” y CSJ 1782/2016 “Jumbo Retail Argentina S.A. c/ Chaco, Provincia del s/ acción declarativa de certeza”, sentencias del 12 de noviembre de 2019 y CSJ 1922/2016 “La Rural Viñedos y Bodegas S.A. LTDA c/

Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de certeza" y CSJ 514/2017 "Sottano S.A. c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa de certeza", sentencias del 12 de diciembre de 2019, y sus citas, entre otros).

4°) Que las costas deben ser soportadas por la demandada, toda vez que fue el dictado de la normativa cuestionada lo que motivó la promoción de estas actuaciones (conf. art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y precedentes citados en el considerando que antecede).

Por ello, se resuelve: Declarar abstracta la cuestión planteada. Costas a la demandada. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.

Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Parte actora: **INC S.A.**, representada por el **Dr.Gustavo Grinberg.**

Parte demandada: **Provincia del Chubut**, representada por la **Dra. Valeria Lorena Viltes.**

SAN LUIS, PROVINCIA de c/ ESTADO NACIONAL de s/ Incidente de medida cautelar

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

La causa por la cual la Provincia de San Luis demanda al Estado Nacional a fin que se declare la inconstitucionalidad del decreto 566/19 y se lo condene a pagarle la pérdida sufrida en los ingresos que por coparticipación tributaria le corresponden es de la competencia originaria de la Corte, toda vez que la citada provincia -a quien le corresponde la competencia originaria de la Corte, de conformidad con el art. 117 de la Constitución Nacional- demanda al Estado Nacional, que tiene derecho al fuero federal según lo dispuesto en el art. 116 de la Ley Fundamental, con lo cual la única forma de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales es sustanciar la demanda en la instancia mencionada.

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

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

A fs.3/19, la Provincia de San Luis demanda al Estado Nacional los fines de que se declare la inconstitucionalidad del decreto 566/19 -así como toda otra norma complementaria o reglamentaria que se dicte en igual sentido- y se condene al Estado Nacional a pagarle la suma que resulte compensatoria por la pérdida sufrida -por los efectos del decreto que ataca- en los ingresos que por coparticipación tributaria le corresponden al estado local (conf. art. 75, inc. 2°, la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional y el art. 4° de la ley 23.548).

Puntualiza que, mediante el acto que cuestiona, se modificó de manera ilegítima el precio de las operaciones de venta de petróleo crudo y, por lo tanto, la base de cálculo para la liquidación y pago de la coparticipación tributaria que le corresponde a la Provincia de San Luis en virtud de que el combustible se encuentra gravado con los impuestos al valor agregado e interno y tales tributos son coparticipables.

En tales condiciones, afirma que los ingresos que le corresponden a la provincia se encuentran afectados en forma negativa, motivo por el cual reclama la diferencia entre lo realmente percibido en materia de coparticipación -por aplicación del decreto- y lo que hubiese debido percibir de no existir el acto en cuestión.

En lo sustancial, fundamenta su pedido en que el decreto 566/19 resulta violatorio del régimen federal de coparticipación de recursos fiscales y desconoce el principio de legalidad en materia tributaria.

Vinculado con lo anterior, plantea también que el Poder Ejecutivo Nacional carecía de competencia para dictar el acto en debate y sostiene que tampoco se configuraron las condiciones excepcionales que habilitarían su dictado (por tratarse de un decreto de necesidad y urgencia). En la misma línea, denuncia que el Estado Nacional incurrió en los vicios de desviación de poder y violación de la garantía del debido proceso sustantivo al emitir el reglamento que pone en crisis.

Finalmente, solicita el dictado de una medida cautelar genérica por medio de la cual se le ordene al Banco de la Nación Argentina -previo informe periódico de la AFIP- detraer de la porción de la masa coparticipable que le corresponde al Estado Nacional (art. 3° inc. a de la ley 23.458) la totalidad de los fondos que se recauden en menos como

consecuencia de la aplicación del decreto 566/19 y que hubiese correspondido girar a la provincia conforme a la distribución prevista en el art. 4° de la ley de coparticipación federal, remitiéndolos a las cuentas de la Provincia de San Luis para mantener a resguardo, en forma íntegra, los fondos coparticipables que le pertenecen (ver fs. 17 vta.).

A fs. 21, se forma incidente de medida cautelar y se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

-II-

Ante todo, cabe señalar que resulta aplicable al *sub examine* el art. 6°, inc. 4°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según el cual en las medidas cautelares será juez competente el que deba conocer en el proceso principal. Por ende, es necesario determinar, en primer lugar, si este proceso principal corresponde a la instancia originaria del Tribunal.

A mi modo de ver, en atención a la naturaleza de las partes que han de intervenir en el pleito, la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte (conf. Fallos 326:3646 y 332:2673, entre otros).

En efecto, toda vez que la Provincia de San Luis -a quien le corresponde la competencia originaria de la Corte, de conformidad con el art. 117 de la Constitución Nacional- demanda al Estado Nacional, que tiene derecho al fuero federal según lo dispuesto en el art. 116 de la Ley Fundamental, entiendo que la única forma de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales es sustanciar la demanda en esta instancia (Fallos: 313:98 y 551; 317:746; 320:2567; 323:1110; 331:1427, entre muchos otros), cualquiera sea la materia del pleito.

En consecuencia, opino que el proceso debe tramitar ante los estrados del Tribunal. Buenos Aires, 4 de septiembre de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de mayo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y la conclusión del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

Que en función del vencimiento del plazo de vigencia previsto en la norma impugnada –art. 1° del decreto 566/2019-, no corresponde, en este estado, considerar la medida cautelar solicitada en el punto VI del escrito de inicio.

Por ello, se resuelve: Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Parte actora: **Provincia de San Luis,** representada por **su gobernador, Dr. Alberto José Rodríguez Saá,** con el patrocinio letrado del **Fiscal de Estado, Dr. Eduardo S. Allende, y de las Dras. Sandra Sirur Flores y Cecilia Chada.**

Parte demandada: **Estado Nacional, no presentado en autos**.

LA PAMPA, PROVINCIA de c/ SAN JUAN, PROVINCIA de y Otro (Estado Nacional) s/ Amparo ambiental

MEDIO AMBIENTE

Los hechos que se denuncian en la causa - acción de amparo ambiental por la de construcción en el Río San Juan de la represa El Tambolar - exigen de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento.

MEDIO AMBIENTE

Corresponde a la Corte como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general (artículo 32, ley 25.675), ordenar las siguientes medidas: requerir a la provincia demandada toda actuación vinculada con los distintos aspectos ambientales de la represa El Tambolar, los aspectos vinculados con los instrumentos de gestión ambiental y la participación pública vinculadas con el proyecto y al Estado Nacional todas las actuaciones relativas a actividades y políticas adoptadas en el seno de la Comisión de Seguimiento de la Región Hídrica del Río Desaguadero-Salado-Chadileuvú-CuracóColorado relativas al manejo y gestión integrada de las cuencas hídricas de acuerdo con la regulación vigente.

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Corresponde a la competencia originaria de la Corte la acción de amparo ambiental promovida por la Provincia de La Pampa contra la Provincia de San Juan y el Estado Nacional a fin de que se ordene cumplir con la ejecución de las obras de construcción en el Río San Juan de la represa El Tambolar en los términos de los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional, de la ley 25.675, la ley 25.688 y ley 23.879, pues el pleito se suscita entre dos provincias, además de estar demandado el Estado Nacional y se encuentra en juego la protección y preservación de un recurso de carácter interjurisdiccional conforme el artículo 7° de la Ley General del Ambiente 25.675 (Voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

La Provincia de La Pampa promueve acción de amparo ambiental, en los términos de los arts. 41 y 43 de la constitución Nacional, contra la Provincia de San Juan y el Estado Nacional, a fin de que se ordene cumplir con la ejecución de las obras de construcción de la represa “El Tambolar” ubicada sobre el río San Juan, que forma parte de la Cuen-

ca Interprovincial Desaguadero-Salado-Chadileuvú-Curacó-Colorado, de conformidad con los términos de las leyes 25.675 General del Ambiente, 25.688 del Régimen de Gestión Ambiental de Aguas y 23.879 de Obras Hidráulicas.

En particular, solicita que V.E. ordene: 1. La realización de una Evaluación de Impacto Ambiental (E.I.A.) de toda la cuenca hídrica, que determine en qué grado la obra degrada el ambiente o alguno de sus componentes y afecta la calidad de vida de la población, la cual deberá ser sometida a consideración vinculante de todas las provincias que integran la cuenca; 2. La realización de una Evaluación Ambiental Estratégica (E.A.E.), que contemple las consecuencias del programa de desarrollo hidroeléctrico que sobre el río San Juan ha llevado a cabo la Provincia de San Juan y el Estado Nacional, que producen o pueden producir sobre el territorio de la cuenca hídrica y cómo se afecta el desarrollo sostenible y equilibrado de todas las provincias condóminas del recurso, la cual también deberá ser sometida a su consideración; 3. Que se respete el derecho a la participación ciudadana, realizándose audiencias públicas interprovinciales en el marco del procedimiento del E.I.A.; 4. dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 1° de la ley 23.879 de Obras Hidráulicas, y mandar realizar la evaluación de las consecuencias ambientales que desde el punto de vista sismológico, geológico, hidrológico, sanitario y ecológico, en general, puede producir la represa "El Tambolar".

Solicita que todos estos estudios sean presentados en audiencia pública, a realizarse en el ámbito del Congreso de la Nación.

Una vez llevados a cabo, peticiona que la Provincia de San Juan y el Estado Nacional reformulen el proyecto mediante el que se licita la obra, respetando los parámetros de protección del ambiente que allí se establezcan.

En tales condiciones, afirma que deduce esta acción de amparo en cuanto los demandados, por su comportamiento omisivo, lesionan, restringen, alteran y amenazan, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías de los habitantes de la Provincia de La Pampa, consagrados en la Constitución Nacional y la ley 25. 675 General del Ambiente.

Además, requiere el dictado de una medida cautelar a fin de obtener que se paralice de manera inmediata la obra "El Tambolar", hasta tanto se ejecuten y aprueben los estudios ambientales regionales y audiencias públicas solicitados, librando a tal fin el oficio pertinente, con la habilitación de días y horas correspondientes.

A fs. 41, V.E. corre vista, por la competencia, a esta Procuración General.

-II-

Cabe recordar que el Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58) porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes. en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986 (Fallos: 312:640; 313:127 y 1062; 322:1514; 330:3773 y 340:1078, entre muchos otros).

Sentado lo expuesto, entiendo que en autos se configuran dichos requisitos, puesto que en razón de la naturaleza de las partes, el proceso corresponde a la competencia originaria de la Corte.

En efecto, en primer lugar, ello es así por las personas, dado que el pleito se suscita entre dos provincias, una como actora, la provincia de La Pampa, y otra como demandada, la provincia de San Juan -a quienes les concierne la competencia originaria de la Corte, de conformidad con el art. 117 de la Constitución Nacional- y, además, por concurrir el Estado Nacional como demandado -con derecho al fuero federal, según lo dispuesto en el art. 116 de la Ley Fundamental- puesto que esta es la única forma de conciliar ambas prerrogativas jurisdiccionales, sustanciando la acción en esta instancia originaria (Fallos: 329:1317 y 331:2290).

Pero también lo es en razón de la materia, en tanto se encuentra en juego la protección y preservación de un recurso de carácter interjurisdiccional, la Cuenca Desaguadero-Sa1ado-Chalideuvú-Curacó-Colorado (conf. art. 7° de la ley nacional 25.675 General del Ambiente, y dictámenes de este Ministerio Público en las causas CSJ 1055/2016, Originario "La Pampa, Provincia de c/ Estado Nacional s/ amparo", del 5° de septiembre de 2016, y su cita, y CSJ 1381/2016, Originario "Buenos Aires, Provincia de c/ La Pampa, Provincia de s/ ordinario", del 18 de octubre de 2016).

En tales condiciones, opino que la causa debe tramitar ante los estrados del Tribunal. Buenos Aires, 7 de febrero de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de mayo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 16, la Provincia de La Pampa promueve una acción de amparo ambiental contra la Provincia de San Juan y el Estado Nacional, en instancia originaria a fin de que se ordene cumplir con la ejecución de las obras de construcción en el Río San Juan, de la represa "El Tambolar" en los términos de los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional, de la ley 25.675 (Ley General del Ambiente), la ley 25.688 (Régimen de Gestión Ambiental de Aguas) y ley 23.879 de Obras Hidráulicas.

Solicitan que esta Corte ordene realizar: (i) una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) sobre toda la cuenca hídrica que determine en qué grado la obra "El Tambolar" degrada al ambiente o alguno de sus componentes y afecta la calidad de vida de la población, con la obligación adicional de ser sometida a consideración vinculante de todas las provincias que integran la cuenca hídrica interjurisdiccional Desaguadero-Salado-Chadileuvú-Curacó-Colorado; (ii) Evaluación Ambiental estratégica que contemple las consecuencias ambientales que el programa de desarrollo hidroeléctrico sobre el Río San Juan llevado a cabo por la Provincia de San Juan y el Estado Nacional, producen y/o pueden producir sobre el territorio de la cuenca hídrica y cómo afecta el desarrollo sostenible y equilibrado de todas las provincias condóminas del recurso, con la misma obligación de consideración vinculante solicitada en el punto (i); (iii) que se cumpla con las instancias de Participación ciudadana mediante la realización de audiencias públicas interprovinciales en el marco del procedimiento de EIA solicitado en el punto (i); (iv) que se dé cumplimiento a lo establecido en el artículo 1° de la ley 23.879 de Obras Hidráulicas que establece que *"El Poder Ejecutivo procederá a realizar la evaluación de las consecuencias ambientales que, desde el punto de vista sismológico, geológico, hidrológico, sanitario y ecológico en general, producen o podrían producir en territorio argentino cada una de las represas construidas, en construcción y/o planificadas, sean éstas nacionales o extranacionales"*. Asimismo solicitan que esos estudios sean presentados en audiencia pública a realizarse en el ámbito del Congreso de la Nación; (v) que se realice la reformulación del proyecto, una vez cumplidas

las solicitudes antecedentes, respetando los parámetros de protección que allí se establezcan; y (vi) que se paralice-mediante el dictado de una medida cautelar- la ejecución de las obras de la represa "El Tambolar", hasta tanto se hagan efectivos los pedidos realizados.

2°) Que justifican la competencia originaria del Tribunal en la incidencia interjurisdiccional de la represa "El Tambolar", que al desarrollarse sobre el Río San Juan, que integra la cuenca del Río Desaguadero-Salado-Chadileuvú-Curacó-Colorado, resulta ser un recurso compartido cuya utilización afecta el ambiente de todas las jurisdicciones que la integran, especificando que aguas debajo de la Provincia de San Juan sufrirán las consecuencias y verán afectado su ambiente las provincias de San Luis, La Pampa, Río Negro y Buenos Aires.

3°) Que los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional (conf. causas "Lavado, Diego Jorge y otros", Fallos: 330:111; "Salas, Dino y otros", Fallos: 331:2925; CSJ 175/2007 (43-V)/CS1 "Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental", sentencia del 24 de abril de 2012).

Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados (Fallos: 328:1146).

4°) Que de tal manera, el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que "el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el

interés general" (artículo 32, ley 25.675), ordenará las medidas que se disponen en la parte dispositiva de este pronunciamiento.

Por ello, oída en esta instancia la señora Procuradora Fiscal, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida, se resuelve:

I. Requerir a la Provincia de San Juan, que en el plazo de treinta (30) días informe al Tribunal:

1.) todas las actuaciones administrativas relativas a la ejecución de la obra "El Tambolar", en particular en toda actuación vinculada con los distintos aspectos ambientales del referido emprendimiento.

2.) todas las actuaciones relativas a los aspectos vinculados con los instrumentos de gestión ambiental previstos en el artículo 8° de la LGA relevados y que tuviesen relación con la Cuenca del Río Desaguadero-Salado-Chadileuvú-Curacó-Colorado. En particular, deberá informar sobre instancias de participación pública vinculadas con el proyecto, acompañando en su caso la documentación relacionada a dicho tópico.

II. Requerir al Estado Nacional, que en el plazo de treinta (30) días informe al Tribunal:

1.) todas las actuaciones relativas a actividades y políticas adoptadas en el seno de la Comisión de Seguimiento de la Región Hídrica del Río Desaguadero-Salado-Chadileuvú-Curacó-Colorado relativas al manejo y gestión integrada de las cuencas hídricas de acuerdo con la regulación vigente.

Para su comunicación, líbrense los oficios pertinentes. Notifíquese.

Carlos Fernando Rosenkrantz (según su voto)– Elena I. Highton de Nolasco (según su voto)– Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ Y DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

1°) Que a fs. 16, la Provincia de La Pampa promueve una acción de amparo ambiental contra la Provincia de San Juan y el Estado Nacional, en instancia originaria a fin de que se ordene cumplir con la ejecución de las obras de construcción en el Río San Juan, de la represa "El Tambolar" en los términos de los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional, de la ley 25.675 (Ley General del Ambiente), la ley 25.688 (Régimen de Gestión Ambiental de Aguas) y ley 23.879 de Obras Hidráulicas.

Solicitan que esta Corte ordene realizar: (i) una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) sobre toda la cuenca hídrica que determine en qué grado la obra "El Tambolar" degrada al ambiente o alguno de sus componentes y afecta la calidad de vida de la población, con la obligación adicional de ser sometida a consideración vinculante de todas las provincias que integran la cuenca hídrica interjurisdiccional Desaguadero-Salado-Chadileuvú-Curacó-Colorado; (ii) Evaluación Ambiental estratégica que contemple las consecuencias ambientales que el programa de desarrollo hidroeléctrico sobre el Río San Juan llevado a cabo por la Provincia de San Juan y el Estado Nacional, producen y/o pueden producir sobre el territorio de la cuenca hídrica y cómo afecta el desarrollo sostenible y equilibrado de todas las provincias condóminas del recurso, con la misma obligación de consideración vinculante solicitada en el punto (i); (iii) que se cumpla con las instancias de Participación ciudadana mediante la realización de audiencias públicas interprovinciales en el marco del procedimiento de EIA solicitado en el punto (i); (iv) que se dé cumplimiento a lo establecido en el artículo 1° de la ley 23.879 de Obras Hidráulicas que establece que *"El Poder Ejecutivo procederá a realizar la evaluación de las consecuencias ambientales que, desde el punto de vista sismológico, geológico, hidrológico, sanitario y ecológico en general, producen o podrían producir en territorio argentino cada una de las represas construidas, en construcción y/o planificadas, sean éstas nacionales o extranacionales"*. Asimismo solicitan que esos estudios sean presentados en audiencia pública a realizarse en el ámbito del Congreso de la Nación; (v) que se realice la reformulación del proyecto, una vez cumplidas

las solicitudes antecedentes, respetando los parámetros de protección que allí se establezcan; y (vi)que se paralice -mediante el dictado de una medida cautelar- la ejecución de las obras de la represa "El Tambolar", hasta tanto se hagan efectivos los pedidos realizados.

2°) Que justifican la competencia originaria del Tribunal en la incidencia interjurisdiccional de la represa "El Tambolar", que al desarrollarse sobre el Río San Juan, que integra la cuenca del Río Desaguadero-Salado-Chadileuvú-Curacó-Colorado, resulta ser un recurso compartido cuya utilización afecta el ambiente de todas las jurisdicciones que la integran, especificando que aguas debajo de la Provincia de San Juan sufrirán las consecuencias y verán afectado su ambiente las provincias de San Luis, La Pampa, Río Negro y Buenos Aires.

3°) Que los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional (conf. causas "Lavado, Diego Jorge y otros", Fallos: 330:111; "Salas, Dino y otros", Fallos: 331:2925; CSJ 175/2007 (43-V)/CS1 "Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ daño ambiental", sentencia del 24 de abril de 2012).

Ello es así, pues le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados (Fallos: 328:1146).

4°) Que de tal manera, el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que "el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el

interés general" (artículo 32, ley 25.675), ordenará las medidas que se disponen en la parte dispositiva de este pronunciamiento.

5°) Que a fs. 43 a 44 vta. la señora Procuradora Fiscal opinó que la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte dado que el pleito se suscita entre dos provincias, además de estar demandado el Estado Nacional y se encuentra en juego la protección y preservación de un recurso de carácter interjurisdiccional conforme el artículo 7° de la Ley General del Ambiente 25.675.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: (i) Declarar la competencia del Tribunal para conocer en esta causa por vía de su instancia originaria, prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional; (ii) I. Requerir a la Provincia de San Juan, que en el plazo de treinta (30) días informe al Tribunal:

1.) todas las actuaciones administrativas relativas a la ejecución de la obra "El Tambolar", en particular en toda actuación vinculada con los distintos aspectos ambientales del referido emprendimiento.

2.) todas las actuaciones relativas a los aspectos vinculados con los instrumentos de gestión ambiental previstos en el artículo 8° de la LGA relevados y que tuviesen relación con la Cuenca del Río Desaguadero-Salado-Chadileuvú-Curacó-Colorado. En particular, deberá informar sobre instancias de participación pública vinculadas con el proyecto, acompañando en su caso la documentación relacionada a dicho tópico.

II. Requerir al Estado Nacional, que en el plazo de treinta (30) días informe al Tribunal:

1.) todas las actuaciones relativas a actividades y políticas adoptadas en el seno de la Comisión de Seguimiento de la Región Hídrica del Río Desaguadero-Salado-Chadileuvú-Curacó-Colorado relativas al manejo y gestión integrada de las cuencas hídricas de acuerdo con la regulación vigente.

Para su comunicación, líbrense los oficios pertinentes. Notifíquese.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco.

Parte actora: **Provincia de La Pampa**, representada por **Carlos Alberto Verna, Gobernador de la Provincia de La Pampa**, con el patrocinio letrado de los **Dres. José Alejandro Vanini, Ángel Otiñano Lehr y Romina Belén Schmidt.**

Parte demandada: **Provincia de San Juan y Estado Nacional**.

MENDOZA, PROVINCIA DE C/ VALLE DE LAS LEÑAS SA Y OTROS S/ ACCIÓN POR DAÑO AMBIENTAL

ACCION DE AMPARO

La acción el de amparo, de manera general, puede tramitar en la instancia originaria, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art. 24, inc. l°, del decreto-ley 1285/58) porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986.

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

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

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, quedando excluidos aquellos procesos en los que se debaten cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de éstas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza o el examen o la revisión en sentido estricto de actos administrativos, legislativos o jurisdiccionales de las autoridades provinciales.

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

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Es ajena a la competencia originaria de la Corte la acción por la cual la provincia actora pretende obtener la recomposición ambiental del daño provocado a la especie protegida cóndor andino declarado monumento natural provincial por la ley 6599 de Mendoza, pues se trata de un asunto de derecho ambiental de carácter local, que se rige sustancialmente por el derecho público de esa provincia y de competencia de las autoridades provinciales, de conformidad con los arts. 41, párrafo 3° y 121 Y siguientes de la Constitución Nacional.

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

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Es ajena a la competencia originaria de la Corte la acción por la cual la provincia actora pretende obtener la recomposición ambiental del daño provado a la especie protegida cóndor andino declarado monumento natural por la ley 6599 de Mendoza, pues no debe perderse de vista la localización del factor degradante, y resulta claro que en la causa dicho factor, en el supuesto de existir, se encuentra en el territorio de la Provincia de Mendoza, más allá de la movilidad que se le pueda atribuir a los residuos que se desprendan de ese accionar, sin que obste a ello el hecho de que la actora invoque el respeto de leyes nacionales, cláusulas constitucionales y tratados internacionales, ya que ello no resulta suficiente para fundar la competencia originaria.

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

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Es ajena a la competencia originaria de la Corte la acción por la cual la provincia actora pretende obtener la recomposición ambiental del daño provocado a la especie protegida cóndor andino declarado monumento natural provincial por la ley 6599 de Mendoza, pues la pretensión involucra cuestiones de índole local que requieren para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza, y no reviste, en consecuencia, carácter exclusivamente federal como lo exige la Corte para que proceda su competencia originaria; solución que tiene respaldo en el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, que exige que sean los magistrados locales los que intervengan en las causas en que se ventilen asuntos de esa naturaleza, sin perjuicio de que las cuestiones de índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean

susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario regulado por el art. 14 de la ley 48.

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

COMPETENCIA

El examen de la determinación de la naturaleza federal del pleito -el carácter interjurisdiccional del daño ambiental denunciado- debe ser realizado con particular estrictez de acuerdo con la excepcionalidad del fuero federal, de manera tal que si no se verifican los supuestos que la determinan, el conocimiento del proceso corresponde a la justicia local (art. 7° de la ley 25.675 General del Ambiente).

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

COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA

Es ajena a la competencia originaria de la Corte la acción por la cual la provincia actora pretende obtener la recomposición ambiental del daño provocado a la especie del cóndor andino declarado monumento natural provincial por la ley 6599 de Mendoza, pues el Estado Nacional no integra la relación jurídica sustancial en que se apoya la pretensión de la actora, si no se logra demostrar los hechos o las omisiones en que pudiere haber incurrido que le atribuyan algún grado de responsabilidad por los daños y perjuicios denunciados.

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

Dictamen de la Procuración General

Suprema Corte:

-I-

La Provincia de Mendoza deduce acción por daño ambiental colectivo, en los términos de los arts. 177 de la Constitución de Mendoza, 20 de la ley local 5961, 41 y 43 de la Constitución Nacional y 30 de la ley 25.675 General del Ambiente, contra Valle de Las Leñas S.A., Valles Mendocinos S.A., Altos Cerros S.A., Nieves de Mendoza S.A., Nibaldo Baigorria, Ramón Rojas Navarro, Víctor Armando Baigorria y

Eduardo Daniel Valentini, a fin de obtener la recomposición ambiental, o en su defecto la indemnización sustitutiva, del daño provocado a la especie protegida y en peligro de extinción Cóndor Andino declarado Monumento Natural Provincial por la ley local 6.599, en la localidad de Los Molles, Malargüe, junto a otras especies silvestres, ante la mortandad por causas antrópicas de un importante número de ejemplares (34, envenenados y quemados).

En tales condiciones, afirma que promueve esta acción de amparo, en cuanto la actuación de los demandados, ya sea por su acción o por su omisión, lesiona, restringe, altera y amenaza, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, los derechos y garantías de la especie Cóndor Andino consagrados en el art. 41 de la Constitución Nacional, en las leyes provinciales 6599, 6045 de Protección de Áreas Naturales, 5961 de Preservación del Ambiente y 4602 de Protección y Conservación de la Fauna Silvestre, en las leyes 25.675 General del Ambiente y 22.421 de Conservación de la Fauna, en el Tratado de Medio Ambiente suscripto con la República de Chile (aprobado por la ley 24.105), la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (aprobada por la ley 21.836), el Convenio sobre Diversidad Biológica (aprobado por la ley 24.375) y la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (ratificado por la ley 22. 344).

Solicita la citación como tercero del Estado Nacional en razón de las obligaciones que ha asumido internacionalmente ante la suscripción de los diversos instrumentos que enumera sobre la materia (ya enumerados).

Asimismo, requiere la intervención como *amicus curiae* del Comité Argentino de la Unión Internacional de Conservación de la Naturaleza (UICN), la Fundación Bioandina, la Asociación Reencuentro por la Vida Animal (Asoreva), la Fundación Cullunche y la Fundación Oikos Red Ambiental.

A su vez, peticiona en razón de la naturaleza del bien colectivo involucrado que V.E. convoque a las partes a una audiencia pública en los términos de la acordada 30/2007.

A fs. 51, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

-II-

En principio, corresponde poner de resalto que el Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción de amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipó-

tesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58) porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986 (Fallos: 312:640; 313:127 y 1062; 322:1514; 323:2107; 324:3846; 329:2105, entre otros).

Sentado lo expuesto, la cuestión radica en determinar si en autos se presentan dichos requisitos, pues la actora es una provincia.

Cabe señalar que uno de los supuestos en que ésta procede 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).

Por lo tanto, quedan excluidos de esa instancia aquellos procesos en los que se debatan cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de éstas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza o el examen o la revisión en sentido estricto de actos administrativos, legislativos o jurisdiccionales de las autoridades provinciales (Fallos: 319:2527; 321:2751; 322:617, 2023 y 2444; 342:812).

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 -de conformidad con los arts. 4° y 5° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Fallos: 306:1056; 308:1239 y 2230- se presenta esta última hipótesis, en tanto la actora pretende obtener la protección del Cóndor Andino declarado Monumento Natural Provincial por la ley local 6.599 y el factor degradante que denuncia tuvo lugar en la Provincia de Mendoza, por lo que se trata de un asunto de derecho ambiental de carácter local, que se rige sustancialmente por el derecho público de esa provincia y de competencia de las autoridades provinciales, de conformidad con los arts. párrafo 3° y 121 y siguientes de la Constitución Nacional (Fallos: 318:992; 323:3859; 329:2280, entre otros).

Además, no debe perderse de vista la localización del factor degradante, y resulta claro que en la causa dicho factor, en el supuesto de existir, se encuentra en el territorio de la Provincia de Mendoza, más allá de la movilidad que se le pueda atribuir a los residuos que se desprendan de ese accionar (Fallos: 331:1312).

No obsta a ello el hecho de que la actora invoque el respeto de leyes nacionales , cláusulas constitucionales y tratados internacionales, ya que ello no resulta suficiente para fundar la competencia originaria de la Corte en razón de la materia, en la medida que, según se indicó *ut supra*, esta instancia sólo procede cuando la acción entablada se basa "directa y exclusivamente" en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso o tratados internacionales, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa, pero no cuando -como sucede en la especie- se incluyen, además, temas de índole local.

En consecuencia, dado que la pretensión de la actora involucra cuestiones de índole local que requieren para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza, entiendo que la causa no reviste carácter exclusivamente federal como lo exige el Tribunal para que proceda su competencia originaria ya que incluye una materia concurrente con el derecho público local (confr. dictámenes de este Ministerio Público *in re* V. 192, XLIII, Originario "Vecinos por un Brandsen Ecológico Soc. Civil c/ Buenos Aires, provincia de y otros s/ amparo ley 16.9862", del 12 de septiembre de 2007, con sentencia de V.E. de conformidad del 16 de diciembre de 2008, y "Salas", publicada en Fallos: 334:1754).

La solución propuesta tiene respaldo en el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales, que exige qué sean los magistrados locales los que intervengan en las causas en que se ventilen asuntos de esa naturaleza, sin perjuicio de que las cuestiones de índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario regulado por el art. 14 de la ley 48. (Fallos: 310:295 y 2841; 311:1470; 314:620 y 810; 318:2534 y 2551; 324:2069; 325:3070). Lo contrario importaría invadir las facultades reservadas de la Provincia de Mendoza.

Por otra parte, el examen de la determinación de la naturaleza federal del pleito -el carácter interjurisdiccional del daño denunciado- debe ser realizado con particular estrictez de acuerdo con la excepcionalidad del fuero federal, de manera tal que si no se verifican los supuestos que la determinan, el conocimiento del proceso corresponde a la justicia local (art. 7° de la ley 25.675 General del Ambiente y Fallos: 324:1137, entre otros).

La aplicación de ese principio de estrictez es insoslayable frente a la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, en la medida en que resulta exclusiva y no puede ser ampliada por persona o poder alguno (Fallos: 32:120; 270:78; 271:145; 280:176; 285:209; 302:63, entre muchos otros).

Tampoco corresponde la competencia originaria del Tribunal en razón de las personas, pues el Estado Nacional no integra la relación jurídica sustancial en que se apoya la pretensión de la actora, si no se logra demostrar los hechos o las omisiones en que pudiere haber incurrido que le atribuyan algún grado de responsabilidad por los daños y perjuicios denunciados.

En razón de lo expuesto, opino que este proceso resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte. Buenos Aires, 4 de diciembre de 2019. *Laura M. Monti.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de mayo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y la conclusión del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, 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 de la Nación.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Elena I. Highton de Nolasco – Juan Carlos Maqueda – Horacio Rosatti.

PERGENTIL, FANY c/ GASPARD, CARLOS y Otros s/ Simulación

RECURSO DE REPOSICION O REVOCATORIA

Las sentencias definitivas e interlocutorias de la Corte no son susceptibles de ser modificadas por la vía intentada (arts. 238 y 160 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), sin que se den en el caso circunstancias estrictamente excepcionales que autoricen a apartarse de tal principio.

REGULACION DE HONORARIOS

Corresponde rechazar el recurso interpuesto contra la regulación de honorarios practicada, pues la misma, efectuada por la Corte, no está determinada por el valor de los honorarios fijados en las instancias anteriores, sino por el monto disputado ante sus estrados, los que se encuentran comprendidos dentro de los porcentajes contemplados en la ley 21.839.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de mayo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que contra la regulación de honorarios practicada el 3 de septiembre de 2020, la Dra. Silvia N. Piaggio por su propio derecho, con el patrocinio letrado del doctor Manuel Grigera interpone el recurso de revocatoria *in extremis* para corregir evidente y notorio error material, del que da cuenta la presentación digital del 4 de septiembre de 2020.

2º) Que el planteo no puede prosperar, ya que no se ha incurrido en ningún error material y, además, como lo ha resuelto este Tribunal en reiteradas oportunidades, las sentencias definitivas e interlocutorias no son susceptibles de ser modificadas por la vía intentada (arts. 238 y

160 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), sin que se den en el caso circunstancias estrictamente excepcionales que autoricen a apartarse de tal principio (conf. Fallos: 297:543; 302:1319; 323:3590; 324:1800 y 325:1603; entre muchos otros).

3°) Que sin perjuicio de ello, y a fin de dar total satisfacción a la recurrente, es dable destacar que la regulación efectuada por este Tribunal no está determinada por el valor de los honorarios fijados en las instancias anteriores, sino por el monto disputado ante sus estrados (Fallos: 307:1534; 310:1825; 321:2467 y 326:4351), y los que se encuentran comprendidos dentro de los porcentajes contemplados en la ley 21.839 (Fallos: 321:2467; causa CSJ 221/2010(46-F)/CS1 "Ford Argentina SCA -TF 21.437-A- c/ D.G.A.", sentencia del 4 de octubre de 2011).

Por ello, se resuelve: Rechazar el recurso interpuesto. Notifíquese a los interesados y devuélvase a sus efectos.

Carlos Fernando Rosenkrantz – Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

S., S. I. c/ SIMECO s/ Amparo de salud

CONFLICTO DE COMPETENCIA

El conflicto de competencia suscitado entre magistrados nacionales ordinarios y federales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debe ser dirimido por la Corte Suprema.

CONFLICTO DE COMPETENCIA

La decisión de las contiendas de competencia exige atender al relato de hechos contenido en el escrito inicial e indagar acerca de la naturaleza de la pretensión.

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

MEDICINA PREPAGA

Es competente el fuero federal para entender en la acción de amparo promovida contra una empresa de medicina prepaga a fin de que cesen los aumentos de la cuota aplicados a la actora en virtud de su edad y que se cumpla con lo resuelto por la Superintendencia de Servicios de Salud en torno al ajuste del importe y a la devolución de lo percibido en exceso (arts. 12 y 17, ley 26.682), pues el objeto del litigio conduce -prima facie- al estudio de obligaciones impuestas a las empresas de la medicina prepaga por la ley 26.682 y por ello, más allá de la relevancia de los aspectos contractuales y de consumo eventualmente involucrados, resulta aplicable la doctrina según la cual los litigios que versan, en último término, sobre situaciones alcanzadas por reglas federales, deben tramitar ante ese fuero por razón de la materia.

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

CONFLICTO DE COMPETENCIA

En un conflicto de competencia suscitado entre la justicia nacional en lo civil y comercial federal y la justicia nacional en lo civil, el órgano legalmente facultado para dirimir la contienda, con arreglo a lo previsto en el art. 24, inciso 7° del decreto-ley 1285/58, es la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, la cual reviste la calidad de tribunal de alzada del juez que primero conoció (Dididencia de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco que remite a sus respectivas disidencias en el precedente "José Marmol" (Fallos: 341:611)).

DICTAMEN DE LA PROCURACIÓN GENERAL

Suprema Corte:

-I-

El Juzgado Civil y Comercial Federal nº 11 declinó intervenir con apoyo principal en que la pretensión no remite al examen de normas federales, sino que compromete una relación contractual de naturaleza privada, vinculada al alcance de obligaciones nacidas de una locación de servicios médico-asistenciales, por lo que la materia debatida conduce el estudio de aspectos de derecho común (v. fs. 107/108).

A su tiempo, el Juzgado Nacional en lo Civil nº 2, desestimó la radicación con fundamento en que la competencia corresponde al fuero federal, por hallarse involucradas las normas que implementan el sistema nacional de salud y la prestación médica obligatoria (fs. 115).

Devuelto el expediente, el tribunal federal reiteró su criterio y remitió las actuaciones a la alzada, quien concluyó -por mayoría- que, al haberse suscitado el conflicto entre juzgados que no tienen un superior común, su solución atañe a la Corte con arreglo al artículo 24, inciso 7, del decreto-ley 1285/58 (fs. 117 y 124/125).

Cabe consignar que ninguno de los juzgados contendientes se expidió sobre la medida precautoria peticionada por la amparista a fojas 87, punto II.

En ese estado se corre vista a este Ministerio Público Fiscal (v. fs. 133).

-II-

Sin perjuicio del criterio expuesto por la Procuración General en el dictamen del 15 de marzo de 2016, en autos CFP 9688/2015/1/CA1-CS1, "José Mármol 824 (ocupantes de la finca) s/ incidente de incompetencia", atento a la vista conferida y a lo resuelto por la Corte Suprema en el aludido incidente (Fallos: 341:611), corresponde que me expida sobre la controversia suscitada sin más trámite.

-III-

La decisión de las contiendas de competencia exige atender al relato de hechos contenido en el escrito inicial e indagar acerca de la naturaleza de la pretensión (doctrina de Fallos: 330:811, "Lage"; y 339:1663, "Pons"; entre otros).

En ese marco, el amparo promovido contra SIMECO (Sistema Médico del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de C.A.B.A.), persigue que cesen los aumentos de la cuota aplicados a la actora en virtud de su edad y que se cumpla con lo resuelto por la Superintendencia de Servicios de Salud en torno al ajuste del importe y a la devolución de lo percibido en exceso (arts. 12 y 17, ley 26.682). Cuestiona, asimismo, la constitucionalidad del decreto 66/2019 (v. fs. 87/106).

En tales condiciones, el objeto del litigio conduce *-prima facie-* al estudio de obligaciones impuestas a las empresas de la medicina prepaga por la ley 26.682. Por ello, más allá de la relevancia de los aspectos contractuales y de consumo eventualmente involucrados, resulta aplicable la doctrina según la cual los litigios que versan, en último

término, sobre situaciones alcanzadas por reglas federales, deben tramitar ante ese fuero por razón de la materia (Fallos: 340:1660, "P., C. "; CCF 8104/2018/CA1-CS1, "Buonuone, Juan Cristóbal c/ Obra Social de Unión del Personal Civil de la Nación s/ amparo", del 04/04/19; y CIV 81242/2019/CS1, "Schek, Gustavo A. c/ Swiss Medical SA s/ daños y perjuicios", del 13/08/20).

-IV-

Por lo expuesto, dentro del acotado ámbito cognoscitivo en el que se deciden estos conflictos, estimo que las actuaciones deben quedar radicadas en el Juzgado en lo Civil y Comercial Federal nº 11, al que habrán de remitirse, a sus efectos. Buenos Aires, 13 de octubre de 2020. *Abramovich Cosarin Victor Ernesto.*

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 27 de mayo de 2021.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que tanto el magistrado subrogante a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 11, como la jueza titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 2, se declararon incompetentes para entender en la causa.

Remitidos los autos a la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, ésta decidió elevarlos a esta Corte Suprema.

2º) Que resulta de aplicación al sub lite la doctrina de la Competencia "José Mármol 824 (ocupantes de la finca)", (Fallos: 341:611).

En función de ella, el conflicto de competencia suscitado en la causa entre magistrados nacionales ordinarios y federales con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debe ser dirimido por esta Corte Suprema.

3º) Que los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que corresponde remitir a fin de evitar re-

peticiones innecesarias, resultan acertados y suficientes para resolver esta contienda.

Por ello, de conformidad con lo expuesto en los acápites III y IV del dictamen del señor Procurador Fiscal, se declara que resulta competente para conocer en las presentes actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 11, al que se le remitirán por intermedio de la Sala III de la cámara de apelaciones de dicho fuero. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 2.

Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia)– Elena I. Highton de Nolasco (en disidencia)– Juan Carlos Maqueda – Ricardo Luis Lorenzetti – Horacio Rosatti.

Disidencia del Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz y de la Señora Vicepresidenta Doctora Doña Elena I. Highton de Nolasco

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que tanto el magistrado subrogante a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 11, como la jueza titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 2, se declararon incompetentes para entender en la causa.

Remitidos los autos a la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, ésta decidió elevarlos a esta Corte Suprema.

2°) Que, como lo sostuvimos en nuestros respectivos votos en disidencia en la Competencia "José Mármol 824 (ocupantes de la finca)" (Fallos: 341:611), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad, el órgano legalmente facultado para dirimir la contienda, con arreglo a lo previsto en el art. 24, inciso 7° del decreto-ley 1285/58, es la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, la cual reviste la calidad de tribunal de alzada del juez que primero conoció.

3°) Que, en las condiciones expresadas, no corresponde la intervención de esta Corte en el caso.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, a los fines correspondientes, devuélvanse las actuaciones a la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ – ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO.

INDICE POR LOS NOMBRES DE LAS PARTES

A

A. A., A. L. y Otros s/ Control de legalidad – ley 26.061: p. 1497

A.C.U.D.E.N. c/ Banco Provincia del Neuquén s/ Daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual: p. 3095

A. G., L. I. c/ R. M., G. H. s/ Restitución internacional de menores: p. 3078

A., S. P. s/ Incidente de incompetencia: p. 1828

Aban de Ituarte, Francisca América c/ Estado Provincial y Otros s/ Acción autónoma de nulidad de cosa juzgada írrita y formal: p. 1219

Acumar c/ Estado de Aguas, Napas Subterráneas y Calidad de Aire s/ Contencioso administrativo - varios: p. 2402

ADDUC y Otros c/ AySA SA y Otro s/ Proceso de conocimiento: p. 2835

ADECUA c/ Banco Privado de Inversiones S.A. s/ Ordinario: p. 782

ADECUA c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ Ordinario: p. 1499

ADIF SE c/ GCBA s/ Expropiación-servidumbre administrativa: p. 2991

Aero Sur S.A. c/ Aerolíneas Argentinas S.A. y Otros s/ Sumario: p. 1507

AFIP c/ Madcur, Patricia Liliana s/ Ejecución fiscal – A.F.I.P.: p. 3006

AFIP c/ Oleoducto Trasandino Argentina S.A. s/ Ejecución fiscal – AFIP: p. 1887

Agrupación Política: Frente Cambiemos La Pampa s/ Cuestiones de competencia: p. 2513

Albarenque, Claudio Darío s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 16.263 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata: p. 2459

Alcalis de la Patagonia SAIC c/ EN – Mº de Planificación - dto. 475/05 s/ Daños y perjuicios: p. 2488

Alianza Vamos Mendocinos c/ Lista Juntos por Mendoza – alianza Cambia Mendoza s/ Impugnación de precandidatos elecciones primarias – 2021 – senador nacional suplente de la alianza Cambia Mendoza: p. 2339

Álvarez, Marcos Aurelio y Otro s/ P.ss.aa. negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública: p. 3104

American Express Argentina S.A. c/ EN – AFIP – DGI s/ Dirección General Impositiva: p. 102

AMX Argentina S.A. c/ Municipalidad de General Güemes s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad: p. 3249

Antonio, Juan Ariel y Otros s/ Legajo de casación: p. 2659

Aptitud Renovadora - CABA s/ Electoral: p. 2383

Aráoz, Ramón Ángel y Otros s/ Homicidio agravado por el vínculo conyugal por ensañamiento y mediando violencia de género: p. 2765

Araujo, Ramona c/ EN - M Justicia y DDHH s/ Indemnizaciones – Ley 24043 - art 3: p. 1

Arias Campos Viuda de Maldonado, Nancy Mabel c/ Migues o Miguez, Juan Roberto s/ Daños y perjuicios (acc. tráns./les. o muerte) – ordinario: p. 249

Artigas, Valentín c/ Estado Nacional – Prefectura Naval Argentina s/ Accidente en el ámbito militar y fzas. de seg.: p. 2858

Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas y Otro c/ Jujuy, Provincia de y Otro (Estado Nacional) s/ Amparo ambiental: p. 3442

Asociación Civil Cruzada Cívica p/ la Def. de. C. y U.S.P. c/ GPAT Compañía Financiera S.A. y Otros s/ Sumarísimo: p. 791

Asociación Civil Inter Artis Argentina – SAGAI y Otro c/ I.G.J. 7480576/1880189 s/ Recurso directo a cámara: p. 163

Asociación Civil por la Justicia Ambiental y Otros c/ Entre Ríos, Provincia de y Otros s/ Amparo ambiental: p. 3725

Asociación del Personal Superior de Autopistas e Infraestructura APSAI c/ Autopistas del Sol S.A. s/ Acción de amparo: p. 233

Asociación Mutual Club Atlético Belgrano c/ C.B.G. S.R.L. s/ Ejecutivos s/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad: p. 2113

Asociación Mutual Sancor c/ Chaco, Provincia del y Otro s/ Cobro de sumas de dinero: p. 373

Astorga, Carlos Eugenio s/ Recurso extraordinario de nulidad inaplicabilidad de ley e inconstitucionalidad: p. 1835

B

B., C. B. y Otro c/ IOSPER y Otros s/ Acción de amparo: p. 2868

B., C. I. c/ S., A. N. s/ Cuidado personal del hijo (tenencia): p. 2384

B., E.M. s/ Reservado s/ adopción s/ casación: p. 2901

B., J. C. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ Amparo ley 16.986: p. 3472

B., M. A. y Otros c/ (OSDE) Organización de Servicios Directos Empresarios s/ Amparo ley 16.986: p. 551

Badoza, Eduardo Raúl c/ EN – M° J y DDHH – resol. 1653/06 s/ Empleo público: p. 1635

Baima, Gabriel Luis c/ AFIP s/ Contencioso administrativo – varios: p. 2500

Ballesteros, Gabriela Verónica c/ Experta ART S.A. s/ Accidente - ley especial: p. 1283

Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Boullhensen, Pedro Armando s/ Otros - ejecutivo s/ Incidente de apelación (art. 250 C.P.C.C.): p. 421

Bergerot, Ana María y Otro c/ Salta, Provincia de y Otro s/ Incidente de ejecución de sentencia: p. 1831

Blaquier, Carlos Pedro Tadeo y Otro s/ Inf. art. 144 bis en circ. art. 142 inc. 1, 2, 3, 5: p. 1716

Bueno, Blas Eduardo c/ Swiss Medical ART S.A. y Otro s/ Accidente – acción civil: p. 2023

C

C., A. G. c/ C., C. J. s/ Reintegro de hijo: p. 325

C., M.I. c/ Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) y Otro s/ Prestaciones farmacológicas: p. 1744

C., M. L. y B., H. M. en nombre de su hija menor, V. A. B. c/ Obra Social de Conductores Camioneros y Personal del Transporte Automotor de Cargas s/ Amparo ley 16.986: p. 3451

C., R. L. y Otro c/ Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo ley 16.986: p. 329

Caamaño, Analía c/ EN – M° Justicia – DNRPA - RS 27-IV-09 (expte. 138768/03) y Otro s/ Proceso de conocimiento: p. 2779

Cáceres, Adriana Cintia s/ Amparo- Reemplazo del señor Diputado Nacional Guillermo Tristán Montenegro Art. 164 del C.E.N.: p. 1843

Cáceres Carvajal, Héctor Omar c/ EN –M Seguridad– PNA s/ Amparo ley 16.986: p. 802

Caillava, Adriana Laura y Otros c/ Vess Logística SRL (síndico Dalavault Fernando Agustín) y Otros s/ Accidente – acción civil: p. 3345

Caja de Seguros S.A. c/ Obra Social de la Actividad de Seguros Reaseguros Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda s/ Art 553 CPCC: p. 116

Camacho, Oscar Carlos c/ Curtiembres Becas S.A. y Otro s/ Accidente – acción civil: p. 2026

Cámara Argentina de Especialidades Medicinales y Otro c/ Estado Nacional Ministerio de Industria de la Nación y Otros s/ Nulidad de acto administrativo: p. 3368

Camejo, Ricardo Esteban y Otros c/ EN – M Seguridad - PNA s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.: p. 1388

Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ Despido: p. 1336

Cañete, Carlos Eusebio y Otro s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 3585

Cañuelas Gas S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa de certeza: p. 3413

Capex S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ Incidente de medida cautelar: p. 2086

Capuano, Gustavo Ignacio s/ Infracción ley 22.415: p. 1444

Carrió, Jorge Emanuel c/ Galeno ART S.A. s/ Accidente – ley especial: p. 692

Casco, Héctor Adolfo s/ Extradición -art.52: p. 2791

Central Puerto S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 936

Cerron Ruiz, Rina y Otros s/ Infracción art. 145 bis 1° párrafo (sustituido conf. art. 25 ley 26.842): p. 161

Chukwudi, Anthoni s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 3458

Churruarín, Darío Norberto c/ Asociart S.A. s/ Accidente de trabajo – recurso de inaplicabilidad de ley: p. 980

Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa de certeza: p. 1033

Coihue S.R.L. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios: p. 3476

Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y Otro c/ EN - ley 26.080 - dto. 816/99 y Otros s/ Proceso de conocimiento: p. 3636

Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/ P.E.N. s/ Amparo ley 16.986: p. 431

Colegio de Mandatarios y Gestores de la Provincia de Entre Ríos c/ Ministerio de Justicia –Direc Nac- Reg. Nac. Propiedad Automotor y Créditos Prendarios s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad: p. 2811

Colombres, Federico José y Otro c/ Estado Nacional - M° de Economía s/ Proceso de conocimiento: p. 1711

Colorantes Industriales Argentina S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa de certeza: ps. 1845 y 2465

Compañía Argentina de Granos S.A. c/ AFIP (D.G.I.) s/ Contencioso administrativo – varios: p. 277

Comunidad Indígena Toba La Primavera – Navogoh c/ Formosa, Provincia de y Otros s/ Medida cautelar: p. 1920

Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ Acción de inconstitucionalidad: p. 441

Comunidad Qom Potae Napocna Navogoh c/ Formosa, Provincia de y Otro s/ Amparo ley 16.986: p. 3741

Consejo de la Ingeniería de la Provincia de la Rioja s/ Casación: p. 666

Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Banco de San Juan S.A. s/ Ordinario: p. 2251

Conte, Lelia c/ Com. Nac. de Regul. del Transporte s/ Impugnación de acto administrativo: p. 2115

Cooperativa de Trabajo Perfil Limitada c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Acción inconstitucionalidad: p. 1042

Coronel, Ana Patricia y Otros s/ Infracción ley 24.144: p. 1911

Corpus s/ Conc. Prev. Informe Verbal de la Sindicatura – Banco Hispano Corfin Cía. Fin. – s/ Recurso de queja: p. 2629

Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 251

Corvalán, José Darío c/ Intercórdoba S.A. s/ Ordinario – art. 212 LCT.: p. 1695

Costa Ludueña, Peter Harry c/ UBA s/ Amparo ley 16.986: p. 3132

Coutinho, María Inés c/ ANSeS s/ Reajustes varios.: p. 564

Crivella, Gustavo Ismael y Otros s/ Homicidio culposo (art. 84, 2° párrafo): p. 2469

Cruz, Gabriel Augusto c/ Telefónica de Argentina SA s/ Incumplimiento de servicio de telecomunicac.: p. 2507

CTL S.A. s/ quiebra, Matías Alejandro Castillo c/ Casanuova S.A. y Otros s/ Ordinario: p. 2404

D

Dávila, Luis César c/ Arcángel, Maggio S.A. y Otro s/ Accidente - acción civil: p. 3689

De Aguirre, María Laura y Otro c/ La Pampa, Provincia de y Otro (Estado Nacional) s/ Amparo ambiental: p. 494

De la Fuente, Alejandro Damián c/ Qbe Argentina ART S.A. y Otro s/ Accidente – ley especial: p. 566

De la Vega, Rodrigo c/ Instituto Nacional de Tecnología Industrial s/ Medida cautelar: p. 1288

Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Otro s/ Proceso de conocimiento: p. 507

Defensor del Pueblo de la Provincia del Chaco y Otro c/ Poder Ejecutivo Nacional y/o Ministerio de Energía y Minería de la Nación y Otro s/ Medida cautelar (autónoma): p. 698

Desarrollos Educativos SA c/ Estado Nacional y Otros s/ Amparo ley 16.986: p. 1451

Diconca, Jorge Wilson c/ AR.GA.VA S.R.L. s/ Despido: p. 2029

Diez, Horacio Pedro y Otro s/ Legajo de apelación: p. 3782

Dino Mattioli S.A.I.C. s/ Incidente de revisión de crédito: p. 1047

Dirección Nacional de Vialidad c/ Silva, Juana Ruperta s/ Demanda por expropiación: p. 1002

Domínguez, Mario Rubén s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 1006

Droguería Kellerhoff SA c/ Municipalidad Santa Rosa Calamuchita s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad: p. 215

Duhau, Verónica y Otro s/ Incidente de incompetencia: p. 336

Dulcor S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ Acción declarativa de certeza: p. 2020

Dulcor S.A. c/ Mendoza, Provincia de s/ Incidente: p. 2644

Dupuy, José Luis c/ E.N.A. –Ejército Argentino– s/ Impugnación de acto administrativo: p. 701

E

Emdersa Generación Salta S.A. c/ EN – AFIP – DGI – Ley 25063 s/ Proceso de conocimiento: p. 757

EN – M° Energía y Minería c/ CEPIS s/ Inhibitoria: p. 3289

Escalona, Martín Reynaldo y Otro c/ Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA) y Otro s/ Amparo ley 16.986: p. 1070

Escudero, Maximiliano Daniel s/ Recurso de casación: p. 378

Esso Petrolera Argentina S.R.L. y Otro c/ Municipalidad de Quilmes s/ Acción contencioso administrativa: p. 2123

Etcheverry, Juan Bautista y Otros c/ EN s/ Amparo ley 16.986: p. 3011

F

Fábrica Militar Río Tercero s/ Infracción ley 24.051: p. 1642

Farías Bouvier, Néstor c/ Aerolíneas Argentinas S.A. y Otro s/ Ordinario: p. 57

Farmacity S.A. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires y Otro s/ Pretensión anulatoria – recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.: p. 1557

Fernández, Néstor Fabián c/ EN - M Justicia y DDHH - SPF s/ Personal militar y civil de las FFAA y de seg.: p. 4

FIA (expte. 23.330/1581 y otros) y Otro c/ EN -M° Economía- AFIP resol. IG 08/06 y Otras s/ Proceso de conocimiento: p. 1411

Flores, Alcira Olga c/ Línea Nuevos Rumbos S.A. – Línea 132 y Otros s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte): p. 3305

Fontana, Edith Fabiana c/ Cibie Argentina S.A. s/ Juicio sumarísimo: p. 527

Fundación Ciudadanos Independientes c/ San Juan, Provincia de; Estado Nacional y Otros s/ Acción ambiental meramente declarativa: p. 2922

G

G.D.S., G. y Otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo de salud: p. 2849

G., M. B. c/ Sancor Salud S.A. s/ Civil y comercial - varios: p. 3543

G., P. G. c/ V., A. K. s/ Reintegro de hijo: p. 2471

Gallego Beorlegui, Juan Pablo c/ Colegio Público de Abogados de Capital Federal s/ Ejercicio de la abogacía – ley 23.187 – art. 47: p. 807

Gallo, Roberto y Otro s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 1146

Garay, Corina Elena c/ ANSeS s/ Reajustes varios: p. 3567

García, Adam Gabriel s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley: p. 2639

García Blanco Esteban c/ ANSeS s/ Reajustes varios: p. 983

García, Facundo Nicolás y Otros c/ Municipalidad de San Isidro y Otros s/: ps. 1291 y 1318

Garín, Mauricio José s/ Extradición – art. 52: p. 21

Gasnor SA c/ Municipalidad de La Banda s/ Acción meramente declarativa – medida cautelar: p. 2728

Gatica, Humberto Oscar y Otros s/causa nº 14767: p. 2393

GCBA c/ Centro Médico Santa Isabel S.A. s/ Ejecución fiscal – ingresos brutos – convenio multilateral: p. 645

GCBA c/ Directamoint S.A. s/ Concurso preventivo: p. 3695

Giménez, Diego David c/ Galeno ART S.A. s/ Accidente - ley especial: p. 709

Giménez, Rosa Elisabe c/ Comisión Médica Central y/o ANSeS s/ Recurso directo ley 24.241: p. 1788

Giorno SA c/ AFIP – DGI s/ Varios: p. 1458

Glibota, Pedro Pablo y Otros c/ EN – MS Economía resol. 235 166 y 334/2011 y Otros s/ Proceso de conocimiento: p. 3573

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Chaco, Provincia del (Unidad de Gestión Provincial) s/ Ejecución fiscal: p. 1701

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad: ps. 653 y 809

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Policía Federal Argentina) s/ Ejecución fiscal: p. 668

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Universidad de Buenos Aires) s/ Ejecución fiscal: p. 1043

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad - cobro de pesos (expediente digital): p. 660

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional s/ Amparo – decreto 735/ PEN/2020: p. 1928

Goizueta, Andrés Alejandro c/ Ejército Argentino – Contaduría General del Ejército-Estado Mayor General del Ejército – ENA s/ Contencioso administrativo-varios: p. 759

Gómez, Carlos s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 40.232 del Tribunal de Casación Penal –Sala I-: p. 1930

Gómez Rocca, Javier Hernán y Otros c/ Creatore, Víctor Juan y Otros s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte): p. 2002

González, Alfredo Oscar c/ Duarte Bogarín, Carlos y Otro s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte): p. 672

González Kriegel, María del Carmen y Otros c/ Provincia del Chaco s/ Ejecución de sentencia art. 97 ley 898: p. 220

González, Ricardo c/ Prefectura Naval Argentina s/ Amparo por mora de la administración: p. 3146

Gorosito, (Pdte. Barrio Pvdo. Costa Verde) Paulo c/ Ministerio de Trabajo de la Nación s/ Recurso directo a juzgado: p. 1435

Gotelli, Ricardo Pablo s/ Quiebra: p. 1464

Goti, Alfredo Leonardo y Otro c/ EN – Mº Economía – ONCCA (resol. 1378/07 Mº AGP) y Otros s/ Proceso de conocimiento: p. 1149

Grindetti, Néstor Osvaldo c/ Edesur S.A. y Otro s/ Amparo colectivo: p. 575

Grippo, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y Otros c/ Campos, Enrique Oscar y Otros s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte): p. 2256

Gutiérrez, Mario Marcelo s/ Legajo de casación: p. 1899

H

H., A. O. s/ Infracción ley 23.737: p. 1509

Harlap, Ana María c/ OSDE Organización de Servicios Directos Empresarios s/ Despido: p. 711

Herrero Gallego, Lucas Martín y Otros s/ Extradición: p. 66

Hope Casilla, Ervin s/ Benef. de litigar s/g: p. 3749

Huang, Qiuming c/ EN – DNM s/ Recurso directo DNM: p. 3580

I

Ibarrola, Romina Natalia c/ Formosa, Provincia de s/ Acción declarativa de certeza: p. 316

Implantes SRL c/ Smith & Nephew Inc. s/ Daños y perjuicios: p. 2949

INC S.A. c/ Chubut, provincia del s/ Acción declarativa de certeza: p. 1230

INC SA (TF 24.746 – I) c/ DGI: p. 1810

Inspection and Control Services LTD c/ EN - M° Economía s/ Proceso de conocimiento: p. 2573

Instituto Nac. de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados c/ Red Hat Argentina SA s/ Incidente de incompetencia: p. 2104

Inversora Ingentis S.A. c/ Petrominera Chubut S.A. s/ Organismos externos: p. 1335

J

Jockey Club Mar del Plata s/ Incidente causa civil y comercial distribución de quiebra y concursos: p. 1442

Juárez, Carlos Alejandro y Otros s/ Incidente de incompetencia: p. 1438

Juárez, Pedro Alejandro s/ Recurso de inconstitucionalidad: p. 1936

Juárez, Sergio Daniel c/ Federación Patronal Seguros S.A. y Otro s/ Aaccidente – ley especial: p. 535

K

Kalinec, Eduardo Emilio s/ Infracción agravada de los funcionarios públicos: p. 362

Kusiak, Marcela Antonia y Otros c/ Gendarmeria Nacional s/ Ordinario: p. 1259

L

L. M. s/Abrigo: p. 2647

L., T. c/ OSDE s/ Sumarísimo de salud: p. 2057

La Pampa, Provincia de c/ San Juan, Provincia de y Otro (Estado Nacional) s/ Amparo ambiental: p. 1235

La Voz del Interior S.A. c/ Provincia de Córdoba s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 1260

Lázzari, Derval s/ Extradición: p. 1082

Leccese, María del Valle c/ AFIP s/ Nulidad de acto administrativo: p. 721

Lee, Carlos Roberto y Otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ Amparo – amparo colectivo (expediente digital): p. 1137

Lencina, Ramona Magdalena y Otros c/ Policía Federal Argentina s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.: p. 5

Liendro, Ana Isabel c/ Fideicomiso Fondo de Compensación Ambiental Acumar s/ Despido: p. 724

Loma del Pila S.R.L. c/ Comuna de Huasa Pampa s/ Inconstitucionalidad: p. 2830

López Quintero, Adriana Sonia Patricia y Otros c/ EN – Dirección de Inteligencia del Ejército Argentino s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.: p. 675

M

M. P., C. F. s/ Determinación de la capacidad (vigente hasta 13/08/2015): p. 769

Madero, José y Otros s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 2559

Manfredotti, Mario Alberto c/ IPAUSS s/ Acción contencioso administrativa: p. 3418

Marisi, Leandro y Otros c/ Poder Ejecutivo Nacional – PEN – Ministerio de Transporte de la Nación y Otro s/ Inc. apelación: p. 2543

Matrángulo, Esteban c/ AFIP: p. 1266

Mawiel, Jorge Alonso Armesto s/ Recurso de queja: p. 3431

Mazza, Valeria Raquel c/ Yahoo SRL Argentina y Otro s/ Daños y perjuicios: p. 1481

Mazzoni, Miguel Ángel c/ Glucovil Argentina S.A. s/ Cobro de pesos – laboral – recurso de casación: p. 2172

Mendoza, Provincia de c/ Valle de Las Leñas SA y Otros s/ Acción por daño ambiental: p. 1245

Menéndez, Luciano Benjamín y Otros s/ Legajo de casación: p. 391

Mercado, Florentino c/ E.N.TEL. (residual) s/ Cobro de pesos s/ sumas de dinero: p. 1010

Mihura Estrada, Ricardo y Otros c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo ley 16.986: p. 344

Milantic Trans S.A. c/ Ministerio de la Producción (Ast. Río Santiago y ot.) s/ Ejecución de sentencia – recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y nulidad: p. 1857

Minas Argentinas S.A. c/ Municipalidad de Esquel s/ Contencioso administrativo: p. 1657

Minera San Jorge S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Acción de inconstitucionalidad: p. 3209

Ministerio de Salud de la Nación s/ Resistencia o desobediencia a funcionario público: p. 1902

Miranda Castillo, Gloria Trinidad c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Social de la Nación s/ Amparo ley 16.986: p. 3307

Molinos Río de la Plata S.A. c/ Dirección General Impositiva s/ Recurso directo de organismo externo: p. 2175

Moneta, Raúl Juan Pedro y Otros s/ Asociación ilícita y quiebra fraudulenta: p. 2015

Moneta, Raúl Juan Pedro y Otros s/ Otros, asociación ilícita y quiebra fraudulenta: p. 2011

Montero, Abelardo c/ Dirección General Impositiva s/ Recurso directo de organismo externo: p. 140

Montiel, Víctor Salvador c/ Colialco S.A. y Otros s/ Accidente – acción civil: p. 62

Moram, Omar Arnaldo c/ Edesur SA s/ Daños y perjuicios: p. 2482

Moreyra, Roberto Carlos s/ Recurso de queja en causa n° 23.835 de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal, Sala III de La Plata: p. 1142

Moschella, Ethel Mary c/ ANSeS s/ Ejecución previsional: p. 406

Moukarzel, María Alejandra c/ PEN MECON Ministerio de Justicia s/ Amparo ley 16.986: p. 159

Municipalidad de General Pueyrredón y OSSE c/ AFIP s/ Cobro de pesos: p. 3711

N

N.N. s/ Incidente de incompetencia. Damnificado: Alonso, Hernán Mariano: p. 2098

N.N. s/ Supresión del est. civ. de un menor (art. 139 inc. 2) – según texto original del C.P. ley 11.179: p. 572

N.N. y Otro s/ Incidente de incompetencia. Denunciante: Musse, Pablo Gustavo: p. 2665

Nemec, Carlos Guillermo s/ Impugnación extraordinaria: p. 2977

Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional s/ Impugnación de actos administrativos (impuesto a las ganancias - retención al trabajo personal en relación de dependencia): p. 3070

Nofal, Miranda c/ Edenor SA s/ Amparo: p. 684

O

O., S. M. c/ Prevención ART S.A. y Otro s/ Daños y perjuicios (accidente de trabajo): p. 3595

Ontiveros Flores, Rosalinda Vanesa s/ Iincidente de recurso extraordinario: p. 990

Orozco, Anabel Matilde s/ expediente nº 14/2016 Procurador General Suprema Corte solicita enjuiciamiento ley 4970 Dra. Anabel Orozco p/ jury p/ recurso extraordinario provincial: p. 1270

Otimi S.A. c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía s/ Proceso de conocimiento: p. 1703

Otoya Piedra, César Augusto c/ EN - DNM s/ Recurso directo DNM: p. 3600

P

P. B., E. G. c/ B., K. E. s/ Medidas precautorias: p. 2669

P., F. N. c/ T., S. B. s/ Restitución internacional de niños: p. 1757

P., L. R. c/ IOSPER s/ Acción de amparo: p. 689

P., M. B. c/ Google Inc. y Otro s/ Interrupción de prescripción: ps. 1049 y 1535

Paoli, Gastón Alejandro s/ Incidente de incompetencia: p. 3720

Pelozo, Jacinta c/ Méndez, Enrique (fallecido) y Otros s/ Despido: p. 1675

Peralta, Crispín Antonio c/ EN –M Interior– DNM –resol 111/12 (ex 814477/06 80160/09) s/ Recurso directo DNM: p. 3683

Pérez, Sergio Gabriel c/ Scotton, Jorge Alberto s/ Daños y perjuicios – incump. Contractual (exc. Estado): p. 776

Pergentil, Fany c/ Gaspard, Carlos y Otros s/ Simulación: p. 1252

Petcoff Naidenoff, Luis s/ Incidente de inhibitoria: p. 126

Piedrabuena, Aníbal Ariel c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/ Accidente – ley especial: p. 731

Pino, Seberino y Otros c/ Estado Nacional – Ministerio del Interior– s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg: p. 2690

Pogonza, Jonathan Jesús c/ Galeno ART S.A. s/ Accidente – ley especial: p. 2307

Porta Hnos. S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa de certeza: p. 355

Presa, María José Teresa c/ Estado Nacional Argentino s/ Daños y perjuicios: p. 1915

Price, Brian Alan y Otros s/ Homicidio simple: p. 1952

Procuración Penitenciaria de la Nación y Otros s/ Hábeas corpus: p. 545

Q

Quiroga, Raúl Fernando c/ M Justicia y DDHH s/ Iindemnizaciones - ley 24.043 – art. 3: p. 2428

R

R. P., C. A. c/ M. O., N. D. R. s/ Restitución internacional de menores: ps. 274 y 997

Raco, Marco Nicolás y Otro c/ EN - M Seguridad –PSA- resol. 513/09 (expte. S02 441/07) s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.: p. 3230

Ramaditas S.A. c/ A.F.I.P. s/ Juicio de conocimiento: p. 3610

Ramírez, Horacio Alberto s/ Extradición: p. 1362

Raymundo, Leonardo Matías c/ UGOFE S.A. y Otros s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte): p. 386

Repetto, Adolfo María c/ Estado Nacional (Ministerio de Justicia) s/ Empleo público: p. 2752

Reynal, Alejandro s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 3761

Roa Restrepo, Henry c/ EN – M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM: p. 1013

Robledo, Héctor Pedro c/ Estado Nacional, Ministerio de Relaciones exteriores y Culto y Otros s/ Accidente –ley especial-: p. 2581

Rocca, Alejandro Carlos c/ UNLP s/ Acción mere declarativa de derecho: p. 2591

Rodríguez, Héctor Ismael s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 2409

Rolón, Juan Carlos c/ ANSeS s/ Amparos y sumarísimos: p. 1685

Romano, Valeria del Carmen c/ Prima S.A. s/ Despido: p. 244

Romero, Gisela Denisa c/ Formatos Eficientes S.A. y Otros s/ Despido: p. 1030

Romero, Hugo Fernando c/ Misiones, Provincia de s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 169

Romero, Jonathan Iván c/ Ministerio de Educación y Deportes de la Nación s/ Juicio sumarísimo: p. 3057

Romero, Rafael Oscar y Otros s/ otros, privación ilegal libertad personal, privación ilegal libertad agravada (art. 142 inc. 1), privación ilegal libertad agravada art. 142 inc. 5 y inf. art. 80 incs. 2°, 4° y 6°: p. 402

Ruiz, José María c/ Burzmiñski, María Cristina y Otro s/ Desalojo: p. 1050

S

S., L. F. c/ D.O.S.E.M. s/ Cobro sumario sumas de dinero: p. 2109

S., N. E. c/ IOSFA s/ Amparo: p. 2080

S., S. I. c/ SIMECO s/ Amparo de salud: p. 1253

Saavedra, Silvia Graciela y Otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales Estado Nacional y Otros s/ Amparo ambiental: p. 174

Sala de Noro, Amalia Ángela s/ P.s.a. amenazas: p. 81

San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional de s/ Incidente de medida cautelar: p. 1232

Sánchez, Martín Ignacio c/ Pruzzo Pinna, Luisina Grisel s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte): p. 3547

Sanfilippo, Nicolás y Otro s/ Incidente de incompetencia: p. 1353

Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 3618

Santillán Ríos, Behel Bhoy Arbin s/ Extradición: p. 1374

Schwartz, Adrián Gabriel y Otros s/ Denuncia y daño agravado (art. 184. inc.5): p. 1904

Scotia Bank Uruguay S.A. c/ Banco de la Nación Argentina s/ Incumplimiento de contrato: p. 2430

Seidenari, Edelweis Irene Eulogia c/ Galeno Argentina S.A. s/ Amparo: p. 1308

Serantes Peña, Diego Manuel c/ Alves Peña, Jerónimo Francisco s/ Ordinario: p. 2601

Servian, Fernando Javier s/ Extradición: p. 2062

Seva, Franco Gabriel c/ Asociart ART S.A. s/ Accidente – ley especial: p. 1906

Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad: p. 1151

Sigma SA c/ Dirección General Impositiva s/ Recurso directo de organismo externo: p. 3394

Sindicato de Policías y Penitenciarios de la Provincia de Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de asociaciones sindicales: p. 750

Sinopec Argentina Exploration and Production Inc (TF 32557-A) c/ DGA s/ Recurso directo de organismo externo: p. 1211

Sisti, Pedro Luis y Otro c/ Estado Nacional y Otros s/ Amparo: p. 603

Sosa, Fernando Pablo c/ Mondelez Argentina S.A. s/ Despido: p. 3700

Stefanov, Plamen Boianov s/ Extradición: p. 3385

Superintendencia de Servicios de Salud c/ O. S. Pers. Dirección Industria Privada del Petróleo s/ Cobro de aportes o contribuciones: p. 1539

Superintendencia de Servicios de Salud c/ Santa Cruz, Provincia de s/ Cobro de pesos: p. 1763

T

Tabacalera Sarandí S.A. c/ EN – AFIP–DGI s/ Proceso de conocimiento: p. 1051

Tabes S.A. c/ Estado Nacional s/ Acción meramente declarativa de derecho: p. 1360

Taffarel, Carlos Alberto s/ Incidente de recurso extraordinario: p. 303

Tavares, Maximiliano Eduardo y Otro s/ Infracción ley 23.737: p. 1357

Telepiu S.A. s/ Incidente art. 250: p. 2955

Telmex Argentina S.A. c/ GCBA s/ Acción meramente declarativa (art. 227 CCAyT) s/ recurso de apelación ordinario y de inconstitucionalidad concedidos: p. 1769

Tolaba, Uvenceslao c/ Municipalidad de San Salvador de Jujuy s/ Demanda laboral indemnización por daños y perjuicios: p. 1783

Torday, Matías Nehuén s/ Incidente de incompetencia: p. 3706

Torres López, Juan Bautista y Otro c/ Casa Salud - Sistema Asistencial s/ Amparo: p. 3469

Torres, Noemí Marta c/ Villamil Altube Viajes SRL y Otro s/ Daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte): p. 1315

Transportadora Gas del Norte SA - inc. de rec. ext. II y Otro c/ resolución 526/04 ENARGAS y Otro s/ Interlocutorio: p. 3330

Turismo Doss S.A. c/ EN – AFIP – DGI – resol. 1/11 (NGDE) s/ Proceso de conocimiento: p. 307

U

Ullate, Sergio Raúl c/ Provincia de Córdoba y Otros s/ Amparo ley 16.986: p. 409

Unión del Personal Civil de la Nación UPCN –5- c/ Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas s/ Cobro de apor. o contrib.: p. 3613

V

Vallejos, Julio César c/ Hospital Interzonal Dr. José Penna y Otros s/ Daños y perjuicios: p. 1785

Valotta, María Concepción c/ Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. s/ Accidente – ley especial: p. 741

Vamos Juntos Capital Federal y Otro s/ Proclamación de Candidatos. Elecciones Primarias: p. 3551

Vargas, Ramón c/ Pascual, Daniel s/ Daños y perjuicios – daño moral: p. 3624

Verbitsky, Horacio s/ Hábeas corpus: p. 1102

Vidal, Matías Fernando Cristóbal y Otros s/ Infracción ley 24.769: p. 3156

Videla, Ricardo y Otro s/ jurado de enjuiciamiento: p. 2441

Vivona, Mario Alberto c/ EN - M Defensa – FAA – dto. 1067/07 188/09 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.: p. 3401

Vogel, Yaakov Kopul s/ Extradición: p. 48

X

Xu, Bingbin c/ Dirección nacional de Migraciones Delegación Córdoba s/ Recurso directo a juzgado: p. 3438

Y

Y., G. N. c/ Obra Social de la Policía Federal s/ Inc. apelación: p. 223

YPF S.A. y Otro c/ Estado Nac. Mº de Planific. Fed. Inversión Públ. y Serv. s/ Escrituración: p. 3625

Z

Zeni, Alejandra s/ Legajo de casación: p. 1896

Ziella, Adriana Inés c/ Asociación de Anestesia Analgesia y Reanimación de Buenos Aires (AAARBA) s/ Amparo: p. 1062

INDICE GENERAL

TOMO 344

VOLUMEN I

	Pág.
Fallos de la Corte Suprema	1
Febrero	1
Marzo	215
Abril	421
Mayo	809
Indice por los nombres de las partes	(I)

VOLUMEN II

	Pág.
Fallos de la Corte Suprema	1259
Junio	1259
Julio	1635
Agosto	1835
Septiembre	2113
Indice por los nombres de las partes	(XI)

VOLUMEN III

	Pág.
Fallos de la Corte Suprema	2629
Octubre	2629
Noviembre	3413
Diciembre	3567
Acordadas	3793
Indice por los nombres de las partes	(XXI)